

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

LE GRAND-JUGE MARSHALL ET LE DROIT DES GENS

THESE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Lundi 19 Novembre 1923, à 3 heures 1/2

PAR

Juliette VEILLIER

Licenciée en Droit
Licenciée ès Lettres
Bachelor of laws N. Y.
Avocat à la Cour d'Appel

Président : M. GEOUFFRE DE LAPRADELLE, Professeur

*Suffragants : { MM. BASDEVANT, Professeur
GIDEL, Professeur*

PARIS

JOUVE ET C^o ÉDITEURS

15, rue Racine, 15

1923

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT



FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

LE GRAND-JUGE MARSHALL ET LE DROIT DES GENS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Lundi 19 Novembre 1923, à 3 heures 1/2

PAR

Juliette VEILLIER

Licenciée en Droit
Licenciée ès Lettres
Bachelor of laws N. Y.
Avocat à la Cour d'Appel

Président : M. GEOUFFRE DE LAPRADELLE, Professeur

Suffragants : { *MM. BASDEVANT, Professeur*
GIDEL, Professeur

PARIS

JOUVE ET C^{ie} ÉDITEURS

15, rue Racine, 15

1923

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.



INTRODUCTION

L'étude que nous consacrons à John Marshall, Grand-Juge des Etats-Unis, est basée sur un choix intentionnel de ses gestes et de son activité juridique. Elle n'est à aucun degré une biographie. Tout au plus avons-nous jeté une lumière sur son caractère et sur les événements de sa vie qui sont intimement liés à son œuvre juridique.

De cette œuvre elle-même, tout entière enfermée dans la jurisprudence de la Cour Suprême, nous n'abordons ici que le domaine international, bien que la connaissance des autres domaines nous ait été utile à sa mise en valeur. Dans l'œuvre de droit international public nous avons volontairement détaché quelques grandes questions pour les exposer, et souvent les soumettre à une critique contemporaine.

Il nous a semblé plus conforme aux buts de la thèse d'écarter la documentation touffue sur des points de détail qui eût trouvé place dans un livre de longue haleine.

Le titre lui-même *le Grand-Juge Marshall et le Droit des gens* évoque d'ailleurs ce qui vient d'être dit, en nous laissant toute liberté pour présenter l'activité du juge dans cette branche du droit.

LE GRAND-JUGE MARSHALL ET LE DROIT DES GENS

CHAPITRE PREMIER

PERSONNALITÉ DE JOHN MARSHALL

Les nations modernes discutent encore et longtemps discuteront sur la portée, l'obligation, la mise en œuvre du droit des gens, mais sur son existence, toutes se sont entendues tacitement. Il n'en est pas une qui oserait le défier ouvertement et dire « Je veux » en contradiction flagrante avec cet ensemble de barrières élevées sans ordre initial, au fur et à mesure des exigences d'une conscience commune longtemps léthargique, et que l'injustice, la violence, la fourberie, voire même la cruauté des nations entre elles, a peu à peu éveillée jusqu'à lui donner une réalité.

Réalité sans contours distincts, il est vrai, et qui ne se précisera souvent que par contact avec d'autres domaines aux directives aussi incertaines pour les experts, mais avec lesquels la masse est plus familière, et sur lesquels elle croit avoir catalogué nettement nombre de règles d'art.

Nous pensons à la morale et à la politique.

Peu contesteront le rôle de la morale dans le droit international public que d'aucuns ont appelé, avec une nuance idéaliste, la morale des nations, en indiquant par là même, la voie à suivre. Les opinions seront plus partagées en ce qui concerne la place respective de la politique et du droit des gens. Les uns arrêteront définitivement leur esprit sur le mot « Droit » dont ils feront un système rigide, à l'imitation des constructions romanistes et civilistes, en écartant la politique. D'autres, et nous nous rallions à eux, penseront surtout à la vie des nations, à leur vie extérieure, et constateront qu'elle se développe dans un milieu politique et non point juridique. L'individu peut être soumis à des règles fixes qui domptent sa libre fantaisie. Mais la nation est autre chose que la somme des individus qui la composent. Elle est une force massive qui n'admettra pas aisément son tort, et, jusqu'à ces dernières années, il n'était pas de jugement qui puisse forcer sa mauvaise foi ou sa mauvaise volonté, comme peut l'être celle d'un individu. Aujourd'hui même, la Société des Nations en est encore à des tentatives, et la pratique de la soumission d'un peuple ne fonctionne pas automatiquement. Il faut donc une extrême souplesse aux règles qui régissent les relations des Etats entre eux. Celui qui a pleinement raison devra faire des concessions à celui qui a pleinement tort, pour éviter des frottements explosifs, alors que le droit de l'indi-

vidu soutiendra dans sa plénitude la prétention juste de l'une des parties.

C'est donc le milieu politique qui, par son empirisme même, s'adaptera le plus exactement à l'activité du droit des gens, alors qu'un cadre sévère de règles à *priori* eût méconnu ses exigences.

D'ailleurs, si l'on considère que les exigences ont leur source dans les appétits égoïstes des Etats, un danger apparaît qui réside précisément dans le rejet du cadre exclusivement juridique : la tentation chez les hommes qui font les lois externes, de les concevoir pour le plus grand bénéfice des nationaux de leurs pays (attitude très louable en droit interne). Ils oublient que le but recherché par ces lois c'est le terrain d'entente entre tous les pays, c'est l'usage de tous. Or, pour que tous en usent, il faut qu'elles n'aient pas de tendances partiales.

Mais cette impartialité absolue n'est guère humaine. De là, la formation dans chaque Etat d'un droit international particulier qui coïncide plus ou moins avec ce que l'on pourrait appeler le droit international général, suivant la largeur de vues et le détachement de toutes considérations égoïstes de ceux qui président à son développement. D'ailleurs, une sorte d'usure lente opère en faveur du droit international général ; son histoire nous montre l'évolution de doctrines particulières énergiquement nationales, vers un thème unique que les différents Etats adoptent bon gré mal gré, quelquefois même à pile

ou face, lorsqu'ils ne savent plus de quel côté gît leur intérêt véritable.

L'Angleterre en donne un exemple typique.

Elle était traditionnellement le champion de la doctrine de saisissabilité de la propriété privée ennemie sous pavillon ennemi et semblait devoir maintenir cette doctrine dictée visiblement par l'intérêt. En effet, lorsque l'abolition de la course, tant souhaitée par elle, eût écarté les attaques possibles de l'étranger sur sa marine marchande, elle affirma le droit toujours intact des croiseurs, de capturer les navires ennemis et les marchandises ennemies qu'ils transportaient. Or, à la Conférence de La Haye de 1907, l'Angleterre hésite à prendre sur ce point un parti qu'elle n'eût pas un instant discuté cinquante ans auparavant. Les instructions données aux délégués britanniques leur laissent une large latitude, et le maintien du droit de capture l'emporta à une voix de majorité.

A la formation et l'évolution du droit international, sont attachés, dans chaque pays, quelques noms de juristes ou de diplomates qui, à un moment donné, ont imprimé une direction décisive et fait franchir des étapes aux questions obscures et délicates.

John Marshall est de ceux-là. C'est lui qui dessina l'attitude des Etats-Unis à peine constitués en nation indépendante, au regard des questions juridiques internationales. Il donna la première impulsion. Les Etats-Unis, malgré leurs fougueuses revendications

nationales, n'avaient pas encore rejeté tout leur passé de colonies anglaises. Une guerre peut changer l'étiquette d'un gouvernement, mais elle ne construit pas la charpente de la nation. Celle-ci vit, sans se l'avouer à elle-même, sur l'ancien patrimoine, jusqu'au jour où des constructeurs entreprennent de la façonner lentement en accord avec le nouvel état de choses.

La formule nouvelle la plus rapidement établie, parce qu'il semble que sa nécessité prime toute autre, c'est la formule gouvernementale. Les chefs des révolutions se hâtent toujours d'enfermer leur œuvre dans une formule qu'on appelle la constitution, pour concrétiser cette œuvre aux yeux du peuple qui croira à sa réalité et de là à son efficacité. Comme si, par un curieux renversement des choses, ces chefs ne fussent pour la nation que d'indifférentes abstractions, et que la conception de l'esprit fût l'élément tangible.

Mais il apparaît que la même hâte n'est pas déployée en ce qui concerne les autres institutions, et lorsqu'au début du siècle dernier, John Marshall prit place sur le fauteuil suprême de la magistrature, il avait devant lui un domaine immense à explorer. Suivrait-on la trace des Anglais qui les avaient jus qu'alors entraînés dans leur sillage, ou bien rejetterait-on en bloc tout ce qui avait été dicté par les maîtres d'hier si impopulaires ? Il fallait un homme plus grand que les autres pour avancer avec sûreté au milieu des passions politiques surchauffées. Cet

homme vaut qu'on s'arrête devant sa personnalité avant d'entreprendre l'examen de son œuvre et pour mieux la comprendre.

Un matin d'été passait nonchalamment dans une rue de Richmond, un homme jeune, très grand, d'allure dégingandée, la mise peu soignée, les cheveux au vent, portant sous son bras son chapeau rempli de cerises qu'il mangeait. Sur son chemin, il salua un hôtelier, lui lança un mot plaisant et continua sa route.

Un vieux planteur venu à la ville pour plaider demanda à l'hôtelier quel était le meilleur avocat de Richmond. « L'homme qui vient de passer », répondit-il. Le vieux planteur ne put être persuadé.

Plus tard, lorsque le brillant avocat de Richmond fut Grand-Juge des Etats-Unis, son extrême bonhomie ne le quitta pas, et Richmond possède un choix d'anecdotes plaisantes où brillent l'humour du Grand-Juge et son extrême simplicité. On raconte notamment qu'un jour, errant sur les confins du marché, il fut accosté par un nouveau venu qui lui demanda de porter chez lui, pour quelques sous, une dinde qu'il venait d'acheter. Marshall accepta, et le volatile dans les bras, marcha derrière son employeur.

Cette fois, la ville rit à gorge déployée de l'incident.

Ainsi se présentait à la critique extérieure, John Marshall.

Ajoutons pour compléter l'homme de la vie courante qu'il était infiniment bon, venait en aide à ses amis comme aux étrangers dont il apprenait les souffrances. Son dévouement à sa femme qui très jeune devint infirme, est resté légendaire. On n'a jamais connu de lui une plainte ni une marque d'impatience. Il vénérail les femmes au point de ne pouvoir tolérer un mot d'esprit à leurs dépens. Il répandait sur les laideurs et les peines de la vie journalière une sorte d'idéalisme qui remplissait d'admiration le commun des hommes.

D'autre part, comme les enfants dont il était le grand favori, il apportait aux jeux un entrain dont « Barbecue Club » était fier.

Ces traits de caractère rencontrés chez un homme appartenant à une excellente famille d'origine anglaise (les Américains, contrairement à l'erreur commune, sont fort sensibles à la naissance), et surtout chez un homme de génie, faisaient de lui le citoyen le plus populaire de l'Etat de Virginie.

A ces manières d'être, correspondait une intelligence exceptionnelle. Nous en avons le témoignage des plus grands esprits de ce temps. Le diplomate King écrivait à Hamilton : « C'est un des cerveaux les mieux organisés que j'aie jamais connus. » Et La Rochefoucauld, qui le rencontra au cours de son voyage

en Amérique, s'exprime dans les mêmes termes.

Francis Gilmer a peut-être donné dans le *Louisiana Law Journal*, l'analyse la plus pénétrante de l'intelligence de Marshall « Chacun a entendu parler des dons gigantesques de John Marshall ; il est capable du plus fin et du plus profond raisonnement... Son esprit n'est pas très riche en savoir accumulé, mais il est essentiellement créateur, et si bien organisé par la nature ou discipliné dès l'enfance par l'éducation et l'habitude constante de raisonnement systématique, qu'il embrasse tout sujet avec la clarté et la facilité de celui qui a été préparé par des études antérieures à le comprendre et à l'expliquer. »

Marshall n'était pas un savant. Il avait reçu de son père une éducation orale précieuse qui façonna à l'origine ses qualités d'esprit exceptionnelles. Mais très jeune il s'engagea aux côtés de ce père dans l'armée de Washington qu'il ne quitta qu'à la paix. Alors, pressé d'entrer dans la vie, il absorba rapidement les matériaux indispensables à la carrière juridique qu'il choisissait, et muni d'un très léger bagage (il passa seulement six semaines dans un collège de droit de Virginie) il débuta au barreau. Ce fut au cours même de la pratique qu'il acquit des connaissances théoriques. Mais le droit romain et celui des nations étrangères ne furent connus de lui qu'assez vaguement. D'ailleurs il ne faut point oublier qu'à cette époque, l'absence de bons ouvrages et de méthodes de classification, rendait très difficile l'acquisition d'une solide érudition.

Toutefois, sa nature créatrice n'était pas portée vers le travail d'érudition. Car plus tard, lorsque les précédents furent plus abondants, et qu'ils devinrent le meilleur argument des hommes de loi américains, Marshall continua à les ignorer. Il respectait d'ailleurs l'érudition d'autrui, et ne manquait pas de lui faire place à la Cour Suprême, en laissant la parole à un Joseph Story, son ami et juge associé, pour les causes où il l'estimait nécessaire. Ce mince bagage ne lui nuisait aucunement dans l'esprit des juges associés qui étaient précisément les premiers à rendre hommage à ses facultés merveilleuses, en même temps qu'à sa simplicité et son charme captivants, dont l'impression seule subsistait, une fois passée celle de surprise et de désappointement à la vue de sa mise négligée et de son attitude si peu imposante.

Toute la noblesse de cet homme était intérieure, mais elle l'entourait d'une sorte de dignité inconsciente qui provoquait le respect aussi bien que l'affection et empêchait quiconque de faire pression sur lui. Quand il siégeait, John Beveridge rapporte qu'une « gravité de maintien, une fermeté d'attitude, une concentration et une acuité d'esprit, semblaient littéralement prendre possession de cet homme, bien qu'il fût et apparût aussi inconscient du changement, qu'il l'était de ce qu'il pouvait y avoir d'inattendu dans sa conduite, quand il avait quitté le Banc Suprême » (1).

1. John Beveridge, *Life of John Marshall*, IV, p. 82.

Sa droiture était reconnue de tous, ennemis et amis. Seul, Thomas Jefferson qui lui vouait une haine mortelle, lui reprochait des manières relâchées et indolentes et sa profonde hypocrisie : c'est que, précisément, Jefferson avait espéré manier au gré des intérêts de sa politique, l'on pourrait presque dire de sa politique électorale, le chef de la Cour Suprême.

Et lorsque le 20 janvier 1801, John Mashall reçut la plus haute distinction judiciaire qu'il devait garder jusqu'à sa mort en 1835, le dépit de Jefferson fut à son comble.

Le lendemain il était lui-même Président de la République, et cherchait par tous les moyens à faire casser les nominations de la dernière heure faites par le Président sortant, John Adams, avec l'aide de son secrétaire d'Etat, Hamilton. Il réussit pour bon nombre de postes inférieurs, mais ne put atteindre John Marshall.

Depuis leur jeunesse ces deux hommes s'étaient trouvés dans des camps opposés. Lorsque Marshall, plein d'une fois indomptable en Washington et en l'avenir de son pays, travaillait de ses mains avec quelques milliers de braves, à l'indépendance de sa patrie, supportant tous les désastres, Great Bridge, Norfolk, Brandywine, et le terrible hiver de 1777 à Valley Forge, il tournait parfois ses yeux vers « le pays » et ne comprenait pas qu'il les laissât dans un dénuement complet, leur enlevant ainsi les moyens de vaincre pour lui.

Pourquoi, écrivait-il, un homme d'envergure comme Jefferson, au lieu de secouer l'inertie criminelle de la masse, tourne-t-il le dos à ceux qui luttent, et prospère-t-il au sein de la politique dans le calme de son Etat, lui qui a rédigé la fameuse Déclaration d'Indépendance ? Jefferson fit le sourd, mais n'oublia pas. Chef des Républicains, il vit Marshall, fédéraliste convaincu, se dresser imperturbable devant ses intrigues.

Sa volonté de chef et sa ténacité inébranlable empêchèrent le gouvernement d'empiéter sur la fonction judiciaire. Jusqu'alors, elle était mal assurée, et le Président Républicain ne s'attendait certes pas à la résistance effective qu'il allait rencontrer. « Les fédéralistes eux-mêmes ne soupçonnaient pas que l'avocat et le politicien de Virginie, allait révéler sur le Banc Suprême, la détermination, le courage et le génie constructif qui devaient doter ce grand tribunal de vie et de force et lui donner la place qu'il mérite dans notre système du gouvernement (1). »

John Marshall avait eu déjà une carrière très active.

Peu de temps après son début au barreau, sa popularité était telle que la législature de l'Etat de Virginie lui avait facilement ouvert ses portes. Sa renommée grandit rapidement, et George Washington, qui avait pressenti dans le jeune soldat la valeur de l'homme, a sans cesse les yeux sur lui. Il fait offrir à

1. John Beveridge, *Life of John Marshall*.

John Marshall l'office de District Attorney des Etats-Unis, que ce dernier décline. Quelques années après il propose lui-même (1) à Marshall celui d'Attorney Général des Etats-Unis qui est écarté de la même façon. Pourtant John Marshall était tout dévoué au Président qui, à ses yeux plus qu'à tous autres, personnifiait le héros. Il s'excuse, car l'état de ses affaires assez embrouillées et de lourdes charges, ne lui permettent pas d'abandonner temporairement, et par là, de compromettre une situation sûre. Cependant, Washington le fait pressentir quelques mois plus tard, et à nouveau sans succès, pour la haute fonction de Secrétaire d'Etat. Un an après, la situation se complique en France ; le Président juge nécessaire de rappeler le ministre des Etats-Unis délégué, James Moroe, et demande à Marshall en termes pressants de le remplacer. « Rien ne me serait plus agréable que de vous avoir comme organe de notre gouvernement (2). » Marshall demeure ferme devant les honneurs qu'on met à ses pieds. Il refuse une dernière fois, puis les relations diplomatiques de la France et de l'Amérique se compliquant de plus en plus, il cède aux instances du Gouvernement et part pour la France en 1797.

Après une ambassade pleine de péripéties extraordinaires et qui compte parmi les plus étranges qu'ait

1. Washington's writings, by Jared Sparks. Boston, 1838, lettre du 26 août 1795.

2. Washington's writings — by Jared Sparks. Boston, 1838, lettre du 8 juillet 1796.

connues la diplomatie, il pose sa candidature à la députation des Etats-Unis. Le parti républicain est devenu fort et n'hésite pas à prendre la calomnie comme arme. Il faut toute la popularité personnelle de Marshall pour que la Virginie envoie au Congrès un Fédéraliste. Sa mission en France a soulevé des orages. Ses adversaires non déclarés, deviennent des ennemis qui le vilipendent ouvertement. Un curieux incident intervient alors, qui montre à la fois la délicatesse de Marshall et l'affectueuse estime que Washington avait pour lui.

Un partisan de Marshall, révolté des calomnies dont usaient les adversaires politiques dans la lutte électorale, crut bon de rappeler dans un journal que Marshall avait l'estime des plus grands, et du plus grand d'entre tous, Washington, qui lui proposa à plusieurs reprises les offices les plus élevés. Il va sans dire que ces offices avaient été proposés secrètement. John Marshall fut blessé d'une telle maladresse, et il écrivit à Washington en ces termes :

« Richmond, may 1st 1799.

« Vous avez peut-être vu dans une récente publication, un paragraphe relatant que plusieurs offices importants dépendant de l'Exécutif, et parmi eux, celui de Secrétaire d'Etat, avaient été mis à ma portée. Il est peu d'incidents déplaisants produits par ma déclaration de candidature au Congrès (et ils ont été très abondants) qui m'aient causé un plus vif chagrin.

Faire parade d'offices offerts est une vanité que j'espère ne pas posséder...

« J'ignore comment l'auteur a pu acquérir cette information, mais je vous supplie de me permettre de vous assurer qu'il ne l'a jamais reçue directement ni indirectement de moi... L'auteur était évidemment poussé par le désir de me servir et le ressentiment causé par diverses calomnies mauvaises, qu'on a répandues sur moi avec tant de profusion. L'une d'elles était que je désirais un siège au Congrès uniquement pour obtenir un office quelconque, que mon dévouement à l'administration pourrait me procurer. Réfuter cela était évidemment le motif de l'indiscrete publication que je regrette tant... »

Le 5 mai, venait de Mount-Vernon la réponse suivante :

« ... C'est avec un plaisir infini que j'ai reçu la nouvelle de votre élection. Pour l'honneur du district j'eusse souhaité que la majorité fut plus grande, mais soyons contents, etc...

« Je suis désolé de voir que la publication à laquelle vous faites allusion vous ait donné un moment d'inquiétude. Je puis vous assurer qu'elle n'a fait aucune impression sur moi, de la façon que vous appréhendiez... »

John Adams ne laissa d'ailleurs par une telle compétence se perdre dans la foule des membres du Congrès, et à peine attaché au Comité de législation il devint secrétaire d'Etat en mai 1800.

Le 4 mars 1801, il abandonnait à tout jamais la

politique pour devenir le premier magistrat de la nation.

Avant de tracer une vue d'ensemble de ce qu'il fut à ce poste, disons que John Marshall avocat, politicien, diplomate, homme d'Etat et juriste, fut aussi écrivain. Non point qu'il se soit révélé là hors de pair, mais le sujet même de son œuvre, ainsi que les conditions dans lesquelles elle a été écrite, ajoutent un nouveau trait de lumière à cette magnifique figure. George Washington fut l'adoration de sa jeunesse et le culte qu'il lui voua alors demeura aussi ardent par la suite. Il ressentit douloureusement l'ingratitude d'une partie du pays à son égard, et les attaques violentes que des spécialistes inférieurs de la politique se croyaient le droit de lancer à tort et à travers sans épargner la pureté et le désintéressement de la vie de Washington. Celui-ci qui s'était toujours soumis à une discipline de fer, et qui était si grand que rien ne pouvait plus l'atteindre, ressentit cette indigne brutalité avec toute la furie d'un jeune homme. Il écrivait à Jefferson le 6 juillet 1796 : « Je n'avais pas la moindre idée que les partis voudraient ou même pourraient aller jusqu'où je viens de le constater, non plus que je ne croyais, jusqu'à ces derniers temps, qu'il était dans les limites du probable — à peine dans celles du possible — que tous les actes de mon administration seraient soumis à la torture, et les plus énormes et insidieuses déformations de ces actes, faites, et cela de plus en des termes si exagérés et si indécents qu'ils pour-

raient à peine être appliqués à un Néron — à un fonctionnaire notoirement indigne — ou même à un vulgaire pick-pocket. »

La vie de George Bushrod Washington, tel est le travail que John Marshall entreprit, comme la meilleure réponse à toutes ces infamies, vie qu'il voulait que tous connussent dans son admirable activité, dans sa noblesse et dans son génie. Il publia les premiers volumes en 1804. L'œuvre est longue, et demande au lecteur un effort d'attention. Mais elle est un document précieux de toute la lutte pour l'indépendance et des premiers efforts d'administration pour mettre sur pied ce pays tout neuf et si échauffé par la lutte des partis. Ce fut dans le motif élevé qui poussa Marshall à entreprendre cette œuvre qu'il puisa la persévérance pour la mener à bien, car les difficultés du métier d'écrivain l'affectèrent particulièrement, et il fut souvent sur le point de renoncer à son œuvre, par manque de confiance en lui et aussi — un Marshall a ses faiblesses — dans l'éditeur et dans le public.

C'est maintenant au Grand-Juge exclusivement que nous allons nous attacher. A une oreille américaine, ce nom évoque tout d'abord « The expounder of the Constitution », celui qui a exposé la constitution. Ce rôle fut si vital pour la grande nation qu'elle rejette involontairement au second plan celui

que le Grand-Juge joua en Droit international public et auquel nous consacrerons cette étude.

Aussi nous permettrons-nous d'esquisser rapidement le rôle constitutionnel de Marshall, rôle dont il s'acquitta en juriste d'une puissance égale à sa finesse, trouvant peut-être aussi dans le cri de guerre des Fédéralistes, ses amis : « Unis nous tenons, divisés nous tombons » une raison de plus de faire vivre à tout prix la Constitution fédérale.

L'esprit local était alors développé à l'extrême parmi les Etats de l'Union. Ces pompeuses « souverainetés » se révoltaient sans cesse contre l'exercice du gouvernement central qu'elles avaient créé bon gré malgré. L'une surtout, la Virginie, donnait des inquiétudes profondes à l'Union car tous les autres Etats avaient les yeux fixés sur elle comme sur un chef. Elle était l'Etat le plus riche de la Confédération, et sa population dépassait les trois quarts de celle de la Nouvelle-Angleterre, était le double de celle de la Pennsylvanie, et le triple de celle de New-York. Elle représentait le cinquième de la population de l'Union entière, et pouvait à son gré retirer à celle-ci l'adhésion des Etats du Sud.

Le vieux dominion avait joué un rôle primordial dans la Révolution et les gloires de la nation étaient ses fils, George Washington, Thomas Jefferson, Patrick Henry. John Marshall qui n'était pas le moins illustre, avait déjà apporté tout son talent de politicien pour la mater, et nous avons vu qu'en 1799, la Virginie n'envoya ce fédéraliste au Congrès que

parce qu'il avait nom John Marshall et que sa personne elle-même avait une immense popularité.

Il était d'opinion courante que la levée des impôts sur les citoyens de l'Etat à l'intérieur de l'Etat, était une insulte à sa souveraineté. Le Congrès pouvait signer des traités avec les nations étrangères, les Etats les violaient à volonté ; réclamer le paiement des dettes aux créiteurs étrangers, les Etats étaient sourds. Bref « le soi-disant gouvernement fédéral était comme un cheval à treize guides, chacune entre les mains de conducteurs séparés qui tiraient habituellement la bête affolée et impuissante dans des directions différentes » (1).

L'homme qui voulait se pousser n'avait qu'à crier : abandonner la souveraineté de l'Etat, c'est abandonner le pouvoir du peuple sur ses propres affaires.

« Je ne suis pas l'ami d'un gouvernement énergique » disait Jefferson. Et dans les esprits confus se glissait l'image du gouvernement national comme d'un joug étranger.

« Le gouvernement est tout au plus un mal nécessaire », écrivait Thomas Paine, et Madison à Jefferson en 1786 : « Des affaires de Georgia, je suis aussi peu au courant que de celles du Kamskastka » et peu se souciait-il de les mieux connaître.

Voici quelle mentalité du peuple comme des chefs, le Grand-Juge eut à affronter. Il s'affirma, dès 1803, avec éclat dans la fameuse affaire Marbury vs Madi-

1. John Beveridge, *Life of John Marshall*, II, p. 304.

son, où il proclama à jamais le pouvoir judiciaire exclusivement compétent pour déclarer tout statut d'Etat inconstitutionnel et annonça que la Cour Suprême était l'ultime arbitre de ce qui était et de ce qui n'était pas légal selon la Constitution.

Ce fut l'assise de tout son travail pour le respect et la compréhension de la Constitution.

L'affaire *Fletcher vs Peck*, 1803-1806, établit le principe fondamental de la loi du contrat public. Le « *Darmouth college case* » amplifia la question des lois dites en violation de l'obligation des contrats. Si grande en fut l'importance qu'en 1866, le juge Davis, faisant un retour vers elle, affirmait que s'éloigner maintenant de l'opinion du Grand-Juge « serait gros de dangers sociaux qu'on ne peut prévoir, choquerait le sens de la justice du pays, paralyserait les intérêts commerciaux, et affaiblirait, sinon détruirait, le respect qui a toujours été ressenti pour le département judiciaire du gouvernement. »

Dans l'affaire *Ogden vs Gibbons*, ce fut le pouvoir du Congrès de légiférer en matière de commerce entre Etats et avec l'étranger qui fut affirmé à l'occasion de la création des compagnies de bateaux à vapeur sur l'Hudson.

Ce fut en 1819, alors que le pays avait pris conscience de la grandeur du pouvoir judiciaire, et, disons-le, de la Cour Suprême, l'œuvre de Marshall, qu'il porta son coup le plus hardi à l'indépendance frondeuse des Etats. L'opinion qu'il délivra dans *M' Culloch* contre l'Etat de Maryland « a si définiti-

vement influencé le développement de la nation que beaucoup la considèrent comme seconde seulement en importance à la Constitution elle-même (1) ».

Le pouvoir des Etats ne devait exister que sur les points hors du champ d'action des lois de l'Union.

Cette opinion du grand juge qui avait toute la solennité et la portée d'un verdict *ex cathedra* qui condamnait à jamais les Etats, provoqua dans le pays des polémiques féroces. En 1822, le sénateur Johnson de l'Etat de Kentucky laissa éclater en plein Congrès l'amertume rageuse des législatures des Etats.

Il demande qu'un tribunal soit créé, responsable devant le peuple, pour corriger les aberrations de la Cour Suprême. « Si un juge peut annuler une loi du Congrès en la déclarant inconstitutionnelle, n'est-ce point là exercer le pouvoir législatif? S'il peut déclarer les lois d'un Etat inconstitutionnelles et nulles, et en un moment, renverser la police d'un Etat, délibérément établie pendant vingt-quatre ans, comme dans le Kentucky, bouleversant toute sa propriété immobilière... n'est-ce point là l'exercice du pouvoir politique? Tout cela, ils l'ont fait, et il n'est pas un pouvoir sur terre pour investiguer ou révoquer leurs décisions » (*Annals 17th Congress*, 1st Session, 74-75).

Le Grand-Juge répartit clairement : La Constitution des Etats-Unis a-t-elle oui ou non établi un tribunal

1. John Beveridge, *Life of John Marshall*, IV, p. 168.

qui puisse paisiblement et en toute équité protéger ceux qui sont employés à mettre à exécution les lois de l'Union, contre les tentatives d'un Etat particulier pour résister à l'exécution de ces lois? Et la postérité a répondu : oui.

Ces opinions du Grand-Juge qui ont si profondément affecté le développement de la nation, ne sont pas son unique titre de gloire. Il déploya dans ses contributions au Droit International « la même ampleur et originalité de pensée, la même puissance de découverte et la même fermeté dans l'application des principes fondamentaux qui le distinguèrent dans le royaume des discussions constitutionnelles (1) ».

En ces deux matières, son influence sur les juges associés de la Cour suprême n'eut pas de parallèle, et Joseph Story dont Marshall reconnaissait l'autorité sur toute une variété de questions légales, s'inclinait devant la compétence géniale du Premier Juge en ces vastes matières.

1. John Marshall, an address, by J. B. Moore, 16 *Political Science Quarterly*, sept. 1901.

CHAPITRE II

LE MILIEU HISTORIQUE. — LA CONCEPTION DE L'ŒUVRE

La politique, selon nous, est en rapport si étroit avec le Droit International Public que pour dessiner la conception générale que John Marshall eut de cette branche du Droit, et l'attitude qu'il assumait, il semble indispensable d'évoquer au préalable le milieu politique et historique de son développement.

Au lendemain de la Guerre d'Indépendance, la nouvelle nation affaiblie et sans cohésion se laissait guider par les passions. L'une d'elles, et la plus désespérée, était sa haine de l'Angleterre, qui bien que chassée, n'en continuait pas moins à faire sentir sa toute puissance par des vexations incessantes qui tendaient à étouffer le développement commercial des Etats-Unis. L'Angleterre ne se considérait pas seulement comme la maîtresse des mers, mais bien comme la seule propriétaire n'admettant pas qu'aucune autre nation puisse y faire valoir des droits. L'autre passion, presque aussi générale, était l'exaltation de la France révolutionnaire, qui se dressait contre toutes les tyrannies. Lorsqu'au prin-

temps de 1793, la guerre éclata entre la France et l'Angleterre, la voix populaire clama contre l'Angleterre. L'idée que les Etats-Unis pourraient planer au-dessus du conflit sans y prendre part n'entraîna pas un instant dans les esprits. Ce fut la grande conception de Washington qui, au risque de tuer sa popularité, retint la nation qui s'élançait aux armes. Les Républicains le vilipendèrent et jouèrent sur la corde populaire : pouvait-il exister un état de neutralité entre le bien et le mal, entre la liberté et la tyrannie ?

Quel motif poussait donc Washington, l'ami de Lafayette, à adopter une conduite qui répugnait tant à son peuple ?

Washington sentait la faiblesse de son pays ; lui qui avait été l'homme de la guerre savait ce qu'elle avait coûté, et aussi l'impuissance de la jeune République qui n'eût pas vaincu à Monmouth sans le secours des Français. L'Angleterre était insolente, l'Angleterre les ruinait, il fallait temporiser, et ce n'est pas un défi que Washington lui envoya, mais un ambassadeur.

Tous furent contre Jay et sa mission, qui constituait « une insulte dégradante au peuple américain, un pusillanime abandon de son honneur, et une injure insidieuse à la France ». Et le peuple de crier qu'il était suffisamment piteux de tourner le dos à la France, mais que traiter avec le gouvernement anglais était une infamie.

Jay mit sur pied en 1794 un compromis boiteux

qui fut l'objet des critiques les plus violentes. Jay devait obtenir la restriction de la contrebande, elle fut élargie ; la reconnaissance du principe « marchandises libres sous pavillon libre », l'égalité avec la France quant aux droits des belligérants, toutes choses refusées ; le paiement des déprédations anglaises sur le commerce américain, une promesse vague en tint lieu.

D'autre part, les Anglais obtinrent le droit de libre navigation et de commerce sur le Mississipi, l'ouverture de tous les ports américains aux bâtiments anglais, avec engagement de ne plus jamais apporter de restrictions au commerce britannique, conditions qui n'avaient jamais été envisagées auparavant. Les Etats-Unis s'engagèrent à payer aux créanciers anglais les dettes des citoyens américains, et à prohiber toute séquestration future des dettes anglaises. Enfin, provision particulièrement odieuse qui n'était jusqu'alors venue à l'esprit de personne, liberté pour les sujets indiens et britanniques de passer les frontières américaines, faire le commerce, s'approprier les terres qu'ils occupaient sans devenir citoyens américains, mais avec le privilège de le devenir si tel était leur bon plaisir.

Ce traité était-il une sinistre moquerie ? La presse fut déchainée. Des gravures représentaient l'Indépendance, qui, après la mort de sa première femme, la Vertu, épouse une créature indigne, le Vice, et qui finalement expire en des convulsions, laissant comme progéniture la Spéculation, la Tromperie et la Cor-

ruption. Jay fut partout brûlé en effigie. Hamilton, secrétaire d'Etat de Washington, fut lynché à New-York, quand il tenta de parler à la foule pour justifier le traité.

La brutalité n'était pas le moindre attribut des passions politiques de la jeune Amérique.

Jefferson écrivait en 1794 : « Je ne suis pas sûr que nous ne vivions pas mieux sans traités d'aucune sorte avec aucune nation, mais je suis sûr que nous nous trouverions mieux sans un traité comme celui-ci. »

John Marshall prit courageusement le parti du gouvernement et fut un des aides les plus effectifs en luttant contre l'accusation d'inconstitutionnalité du traité de Jay. Le Congrès, c'est-à-dire Sénat et Chambre, disaient les adversaires du traité, a le domaine exclusif de la réglementation du commerce. Le Président n'avait pas le pouvoir de commencer les négociations sans l'assentiment du Sénat. La question se posait donc de savoir si un traité commercial ou un pacte international nécessitant une appropriation d'argent, ou un traité quelconque nécessitant une action quelconque de la Chambre des Représentants, pouvait être passé sans le concours de cette Chambre en même temps que celui du Sénat. Marshall fut inébranlable et pour lui « un traité est un contrat aussi complètement valide et obligatoire quand il est négocié par le Président et par lui ratifié, avec l'assentiment du Sénat, que s'il était également sanctionné par la Chambre des Représ-

sentants, sous une constitution prévoyant cette sanction ».

Quelques modérés compriment, avec Marshall, quel avait été le but du président. D'aucuns dirent — et les historiens se rangèrent plus tard à leurs côtés — que la guerre eût peut-être été le retour aux Anglais de la Nouvelle-Angleterre et de New-York, et certainement le rapport de la frontière sud du Canada au delà du Saint-Laurent et des grands Lacs qui seraient devenus entièrement eaux britanniques.

Le conflit fut donc évité à cette époque. Mais la guerre maritime faisait rage entre l'Angleterre et la France, et la neutralité des Etat-Unis était bien unilatérale.

Les belligérants se souciaient peu de leurs devoirs envers eux. Les envoyés des Etat-Unis près le gouvernement français étaient traités avec désinvolture par le tout-puissant Directoire qui n'accordait aucune de leurs demandes. James Monroe, entre autres, dut être rappelé par son gouvernement. Et pourtant, le peuple américain continuait à porter aux nues les mérites et les vertus du gouvernement français. Washington résolut de lui faire voir enfin clair et de forcer le Directoire à se prononcer. C'est en Marshall qu'il savait trouver l'énergie nécessaire pour représenter sans faillir les intérêts des Etats-Unis. Il n'obtint d'ailleurs pas son concours avant de quitter la Présidence, mais son successeur, John Adams, poursuivant ses vues, réussit à se l'attacher. C'est donc de sa retraite de Mount-Vernon que George

Washington écrivit à John Marsall le 4 décembre 1797 : « Quelle que soit l'issue [de votre négociation], je serai tout au moins sûr de trois choses ; que rien de ce qu'exigent la justice, le raisonnement sain, et la juste représentation des faits ne manquera pour rendre cette issue juste et honorable ; et, à défaut d'une telle issue, que les yeux de tous ceux en ce pays, qui ne sont pas volontairement aveugles et résolus à rester tels, les uns pour un motif, les autres pour un autre, s'ouvriront complètement ; et enfin que si le Directoire Français agit sur la supposition que les partis des Etats-Unis sont à peu près égaux, et que l'un d'eux soutiendrait leurs mesures en dernier ressort, ils seront gravement détrompés (1). »

Washington avait vu juste. Talleyrand espérait dicter ses volontés à l'Amérique par le moyen du parti français.

L'envoyé Genêt fut reçu triomphalement dans le Sud et considéra l'Amérique comme pays conquis, prononçant des discours, allant de réception en réception, avant même d'avoir présenté ses lettres de créance au Président de la République. Le scandale fut grand. Mais le Directoire se croyait tout permis envers cette République, que Talleyrand jugeait d'une façon élémentaire, et méprisante, comme nous le révèlent ses mémoires (2).

L'Amérique, c'était pour lui la forêt vierge, la vie

1. Washington's writings.

2. Publication du duc de Broglie, t. I, p. 239 & sq.

primitive et brutale des pionniers, une vie nationale qui se cherche et lutte dans l'obscurité sans directive et sans élan. Et décidant finalement du caractère du peuple américain : l'âpreté au gain, la ruée sordide vers l'argent.

Ce tableau bien noir ne correspondait pas à la réalité profonde. Et pourtant, en Amérique même on entendait un Ames s'écrier quelques années plus tard (1803) : « Notre pays est trop grand pour l'Union, trop cupide pour le patriotisme, trop démocratique pour la liberté. »

C'est dans cet état d'esprit que Talleyrand et Marshall s'affrontèrent. Ils avaient tous deux quarante-deux ans. Talleyrand sentit vite qu'en lui résidait toute la force de la mission, composée de trois envoyés. Il refusa pendant plusieurs mois de les recevoir, leur faisant faire constamment par des hommes de confiance, que Marshall désignait par les lettres X, Y, Z dans les dépêches chiffrées qu'il envoyait à Washington, des propositions surprenantes dont l'exécution était la condition préalable d'un entretien personnel avec le ministre des Affaires étrangères.

La nature même de ces propositions rendait indigne cette invraisemblable manière d'agir, qui donne raison aux accusateurs de ce régime corrompu synthétisé par Barras et Talleyrand, hommes d'argent avant tout. Une « douceur » de douze cent mille livres devait ouvrir aux envoyés les portes du Directeur. Puis, les contestations diplomatiques seraient étudiées, après, toutefois, entente sur les conditions

d'un emprunt et rachat par les Etats-Unis de seize millions de livres de papier hollandais, au prix nominal. L'indignation des envoyés fut grande, et Marshall et Pinckney résolurent de tenir tête au ministre français. Le troisième envoyé, homme faible et facilement corrompu, fut la proie aisée de Talleyrand, qui joua sur lui pour dissocier la mission.

La résistance des envoyés aux propositions honteuses du Directoire n'avait fait qu'aggraver la situation diplomatique et les déprédations en haute mer sur le commerce américain redoublaient. Marshall écrivait à Washington : « La capture de nos vaisseaux semble être seulement limitée par la capacité de capture. Cette capacité s'accroît sans cesse, parce que le gouvernement a donné à de hardis aventuriers la direction des frégates nationales... Ces écumeurs de mer, par une abondante variété de moyens semblent avoir acquis une grande influence sur le gouvernement. Cette influence sera exercée pour empêcher un accommodement entre les Etats-Unis et la France, et toute réglementation susceptible de gêner le passage dans leur poche du butin qu'ils ont fait sur notre commerce. Le gouvernement n'est que trop disposé à appuyer leurs vues.

« Si j'avais voix pour hasarder une opinion, je dirais que l'Atlantique seul peut nous sauver, et que le seul frein à leurs extrémités est l'appréhension que nous soyons jetés dans les bras de l'Angleterre. »

Le succès de Bonaparte dans les négociations de Campo-Formio augmente les prétentions du Direc-

toire, qui déclare être contraint à prendre des mesures énergiques si les envoyés ne « l'apaisent » pas.

Mais, « prêter de l'argent à un belligérant riche de toutes choses nécessaires à la guerre, excepté d'argent, était abandonner notre neutralité et prendre parti dans la guerre. Le prêter sous la menace et la coercition de la France était abandonner le gouvernement de nous-même, et se soumettre à un gouvernement étranger imposé par la force » (1).

Le 17 janvier 1798, la mission envoyait au ministre un « Memorial » rédigé et conçu par John Marshall, où les revendications américaines étaient définitivement exposées et l'intention de ne discuter que sur elles, suffisamment claire.

Nous aurons l'occasion de revenir par la suite à ce Mémorial sur lequel Marshall discute des points de droit des gens, qu'il amplifiera dans le cours de sa carrière.

Talleyrand mit deux mois à répondre à cette mise en demeure, et il le fit le 18 mars 1798 en un message « faible d'argumentation, mais irritant et insultant dans la forme » au dire de Pinckney. Talleyrand réclamait, en effet, pour la France la priorité des griefs que les envoyés dans leur mémorial réduisaient à rien en ce qui concerne la France ; et il osa se déclarer « disposé à traiter avec celui des trois dont les opinions présumées être les plus impartiales, promettent au cours des explications le plus

1. *Marshall's dispatches. Journal, October 27th., 16-17.*

de cette confiance réciproque qui est indispensable ». Gerry était ainsi désigné ouvertement. Marshall fit encore une tentative infructueuse et quitta brusquement la France en compagnie de Pinckney, après avoir essuyé du Directoire, comme dernière vexation, le refus des passeports. Gerry resta seul, fit le jeu de Talleyrand, et fut rappelé au bout de quelques mois par son gouvernement, qui désavoua sa conduite.

Lorsque les péripéties de cette mission furent connues aux Etats-Unis, l'effervescence fut grande. Marshall fut l'objet d'ovations sans fin à son retour. En son honneur furent donnés des banquets où il prit la parole en ayant pour thème : « Des millions pour la Défense, pas un centime en tribut ».

Mais le parti français ne voulut pas s'avouer battu et mit en doute l'authenticité des faits rapportés par les dépêches, et l'existence même des mystérieux X. Y. Z.

Marshall occupa plus que jamais dans la politique une place de tout premier rang, et en 1800 il montrait, comme secrétaire d'Etat, la merveilleuse énergie qu'il avait jusqu'ici déployée en d'autres circonstances. « Nous resterons libres, si nous ne méritons pas d'être esclaves », écrivait-il.

Aux événements agités dont Marshall fut le témoin attentif, lorsqu'il n'y prenait pas une part active, ne succéda pas une période de calme. La tension politique alla s'exaspérant jusqu'au dénouement fatal, et John Marshall que son entrée dans la magistrature éloigna définitivement de toute activité politique —

« le pouvoir judiciaire ne peut s'étendre aux actes politiques » a-t-il souvent déclaré — en subit cependant la répercussion dans l'exercice de sa fonction.

La guerre faisait rage entre l'Angleterre et la France au début du siècle. La première décréta le blocus général de tous les ports français, la saisie en tous lieux des navires neutres faisant du commerce avec un ennemi de l'Angleterre, et leur défendit l'accès d'immenses étendues des côtes européennes. Napoléon répliqua par le décret de Berlin du 21 novembre 1806, décrétant le blocus des Îles Britanniques et ordonnant la capture, en quelques eaux qu'ils se trouvent, des vaisseaux ayant pénétré dans les ports anglais.

La Grande Bretagne ne fit pas attendre longtemps sa réponse. Les « Orders in Council » de 1807 fermèrent pratiquement les océans aux navires neutres, à l'exception de ceux qui faisaient directement le commerce avec l'Angleterre ou ses colonies ; et encore le Trésor britannique exigeait-il d'eux une taxe spéciale. La joute continua avec le décret de Milan, du 17 décembre 1807, par lequel, entre autres provisions, Napoléon ordonnait la confiscation dans les ports de la France et de ses Alliés, ou la capture en haute mer, de tous les navires s'étant soumis aux « Orders in Council » de la Grande Bretagne.

Les Etats-Unis furent naturellement plus atteints que tous les autres neutres par cette profusion de décrets et d'ordres issus en violation flagrante du droit des gens. La lutte entre les partisans de l'An-

gleterre et ceux de la France devint féroce, et l'on entendait rarement une opinion sensée et impartiale comme celle de Peters écrivant à Pickering le 11 février 1807 : « Je crois parfois être dans un asile d'aliénés quand j'entends tels de nos politiciens couvrant d'éloges Bonaparte parce qu'il humilie l'Angleterre, et d'autres vénérant cette dernière dans l'idée qu'elle nous abritera à l'ombre de ses ailes. Toutes deux s'uniraient plutôt pour nous débiter comme du bétail. »

Il était évident que les belligérants s'emparaient des navires américains avec aussi peu de scrupules l'un que l'autre. Mais la marine anglaise étant de beaucoup supérieure, ses déprédations l'étaient en proportion. Elle avait de plus une arme dont la France ne se servait pas, et qui révoltait particulièrement l'opinion américaine : la saisie des marins américains, sur les navires visités par les navires anglais, et le service forcé sur des unités britanniques, sous prétexte que ces marins étaient en réalité de nationalité anglaise. Les abus étaient criants.

Jefferson, alors au pouvoir, résumait la situation dans un message spécial au Congrès le 17 mars 1808(1) :

« Tous ces décrets et ordres mis ensemble, équivalent à peu de chose près à déclarer que tout navire neutre trouvé en haute mer, quelle que soit sa car-

1. Works, Ford XI, p. 20.

gaison, et quel que soit le port étranger de son départ ou de sa destination, sera déclaré de bonne prise. »

Le gouvernement américain n'était pas resté passif avec Jefferson à sa tête. John Marshall se méfiait, et non sans raison, de la France révolutionnaire, et ses préférences secrètes allaient à l'Angleterre, en qui il voyait le pouvoir traditionnel et mesuré ; ce qui ne l'avait pas empêché, lorsqu'il était secrétaire d'Etat, de traiter durement l'Angleterre, dont il condamnait en toute partialité, la mauvaise foi et les provocations.

Jefferson, au contraire, aimait la France, et fermait volontiers les yeux sur ses excès, tandis qu'il détestait l'Angleterre en qui il ne voyait qu'impérialisme cupide et brutal. Il voulut lui enlever ses marchés américains qui étaient la plus grande source de richesse pour le commerce britannique.

Un premier essai avait été tenté en 1798 avec le « Non Intercourse Act ». Jefferson prit une mesure analogue en décrétant en avril 1806 le « Non Importation Act » qui prohibait l'importation d'un nombre considérable de produits anglais.

Mais, comme le dit avec esprit John Beveridge, cette mesure économique ne fut guère autre chose qu'un encouragement à une habile contrebande.

Quand, peu de temps après, l'amiral Berkeley, commandant le navire anglais *Leopard* attaqua le *Chesapeake* Jefferson ne se contenta plus. Il lança des proclamations violentes, ordonna que tous les

navires¹ de guerre britanniques quittent les eaux américaines.

L'« énormité » éveilla l'indignation du peuple ; on demanda la guerre. Les Fédéralistes n'en étaient pas partisans ; pour eux, la guerre était sans espoir. Mais Jefferson exprimait bien le sentiment national : « Les Anglais étant également tyranniques sur mer et sur terre, et cette tyrannie s'exerçant sur tout point de notre honneur ou de notre intérêt, je dis « A bas l'Angleterre », et quant à ce 'que Bonaparte est susceptible de nous faire, remettons-nous-en au chapitre des accidents. Je ne peux pas, avec les Anglais, préférer un mal présent certain à un futur hypothétique (1). »

Cependant, cette fois encore, ce ne fut pas la guerre. Jefferson userait auparavant d'un moyen simpliste ; il empêcherait les Américains de trafiquer avec le monde. Ainsi : plus de capture de vaisseaux, plus de service forcé des marins américains sur les navires anglais. L'Amérique, un siècle plus tard, raisonne encore ainsi. Et ce fut l'« Embargo Act » du 22 décembre 1827, complété par les actes supplémentaires de janvier, mars et avril 1808.

Toute exportation par terre ou par mer était absolument prohibée, sous des pénalités très lourdes. Les bateaux côtiers, eux-mêmes, étaient soumis au dépôt d'un cautionnement important garantissant

1. Jefferson to Leiper. August 21, 1807. Works Ford X, p. 483-484.

le déchargement de la cargaison exclusivement dans des ports américains. Il n'était pas jusqu'à la farine dont le transport par mer fût prohibé, sauf au cas où le Président le jugerait indispensable pour sauver de la famine la population d'un port.

Les Fédéralistes firent pleuvoir les sarcasmes sur le Président. « Béni soit l'Embargo ; trois fois bénie soit la proclamation distributive du Président, par laquelle ses mignons jugeront de l'appétit de ses sujets, de la quantité de nourriture qu'ils peuvent raisonnablement consommer... et si, d'après le système de proclamation et d'embargo, un enfant peut naître légalement sans avoir obtenu de laisser-passer à la douane (1). »

Ce fut la ruine du commerce américain. Les Fédéralistes eurent un regain de popularité, et Pickering, sénateur élu par la Nouvelle-Angleterre, fit en plein Congrès, en novembre 1808, un discours qui aurait été parfaitement à sa place au Parlement anglais, tant l'Amérique était mal traitée.

Les fraudes à l'Embargo Act furent constantes.

Le « Force Act » de janvier 1809 essaya de les réprimer, et le gouvernement s'embourba de plus en plus dans des mesures d'autorité anti-économiques. Le Président républicain usa de l'arbitraire le plus tyrannique : tout navire, tout wagon suspect était saisi. Le départ pouvait être suspendu complètement ou retardé.

1. *Hopkinson to Pickering*, may 25-1808.

De fortes récompenses étaient données aux dénonciateurs des violations de l'embargo. La milice, l'armée, la flotte étaient mobilisées pour assurer l'observation du décret.

Il s'ensuivit des émeutes. Les débats firent rage, et finalement les Etats-Unis déclarèrent la guerre à l'Angleterre en juin 1812.

John Marshall condamna la politique de Jefferson, moins parce qu'elle était celle du Républicain, son adversaire, qu'à cause de son inefficacité absolue vis-à-vis de l'Angleterre, et du tort immense qu'elle portait à la prospérité des Etats-Unis. Cette condamnation fut d'ailleurs une simple opinion personnelle qui n'eut aucune influence sur sa conduite extérieure vis-à-vis du gouvernement. Les décrets si blâmables et préjudiciables fussent-ils, étaient les ordres du gouvernement, et comme tels ne devaient pas être violés impunément. Il s'ingénia à leur donner l'interprétation la plus juste et dans l'opinion qu'il délivra au cours du procès des Etats-Unis contre Judge Peters, il affirma une fois de plus l'obligation du respect de l'autorité nationale et de l'obéissance aux cours de justice nationales sans lesquels les lois et la constitution elle-même ne seraient qu'une solennelle plaisanterie.

Nous avons donc esquissé en ses moments de crise l'état politique où la jeune République ne savait pas encore ce qu'elle était et où elle s'essayait à manier un instrument qui lui donnait sans cesse matière à déception et à irritation. Il n'était pas négligeable

de montrer John Marshall entouré d'une telle atmosphère, et souvent lui-même, dans la mêlée, pour comprendre à quel point son œuvre juridique fut mûrie par l'expérience politique et combien les grands principes de droit des gens qu'il imposa aux Etats-Unis n'étaient pas de vides formules imaginées *à priori*, mais en accord profond avec les nécessités de la vie des nations.

Dans son attitude générale vis-à-vis du droit des gens, nous dégageons trois traits qui semblent avoir pénétré toutes ses décisions.

Le premier est le sentiment de la grandeur du droit des gens, qui n'affecte pas des intérêts mesquins, mais des peuples entiers. On doit l'aborder avec respect et ne pas perdre du regard un mieux idéal qui doit être le but. Des déclarations de principe se retrouvent fréquemment au cours de ses opinions sur des questions internationales, de même qu'on les rencontrait en matière constitutionnelle, les deux grands sujets auxquels il a consacré son talent. Il veut pénétrer la foule de leur grandeur et lui donner le sentiment de l'obligation, tout au moins morale, des règles qu'ils dictent.

« Le droit des gens est une partie du droit du pays », affirme-t-il dans le cas de la Néréide.

Nous sommes loin de la position de Bynkershoek pour qui « le droit des gens est seulement une présomption fondée sur l'usage, et toute présomption de ce genre cesse au moment où la volonté de celle

des parties qui est affectée par elle, s'exprime en sens contraire ».

Dans le Mémorial à Talleyrand, John Marshall montre déjà sa tendance. « Le droit des gens forme, indépendamment de toute convention, une règle d'action par laquelle les souverainetés du monde civilisé consentent à être gouvernées. Elle prescrit ce qu'une nation peut faire sans donner de juste cause de guerre et ce qu'en conséquence, une autre peut et doit permettre, sans pour cela être considérée comme ayant sacrifié son honneur, sa dignité ou son indépendance.(1). »

Nous retrouvons en 1815 la même mentalité qu'en 1798.

« Le droit des gens est la grande source de laquelle nous tirons ces règles ayant trait aux droits des belligérants et des neutres, qui sont reconnues par toutes les nations civilisées et commerçantes, à travers l'Europe et l'Amérique. Cette loi est partie non écrite, et partie conventionnelle. Pour assurer celle qui n'est pas écrite, nous avons recours aux grands principes de raison et de justice ; mais comme ces principes seront différemment compris par les différentes nations dans des cas différents, nous les considérons comme étant, jusqu'à un certain degré, fixés et rendus stables par une série de décisions judiciaires. Les décisions des Cours de chaque pays, en tant que fondées sur une loi com-

1. *American State Papers, Foreign relations.* II, p. 486.

mune à tous les pays, seraient reçues, non pas comme faisant autorité, mais avec respect. Les décisions des Cours de chaque pays montrent comment le droit des gens, dans un cas donné, est compris dans tel pays, et il en sera tenu compte en adoptant la règle qui prévaudra dans ce cas (1). »

Il est intéressant de noter la part que le Grand-Juge semble ici faire à la jurisprudence. Théoriquement il ne pouvait pas méconnaître sa portée. Mais cette déclaration était faite plus à l'usage de ses successeurs qu'au sien propre. Car, en fait, la jurisprudence internationale, de même que la jurisprudence nationale des Etats-Unis était presque inexistante. Ils n'avaient pas improvisé en quelques années un droit original. Comment jugeait-on ? Il est bien évident qu'on empruntait au maître renversé ses vieilles institutions. Le droit anglais était le seul connu, et le seul pratiqué.

Mais, si dans ces procès entre individus particuliers, l'autorité du « common law » était à peu près admise, il n'en était pas ainsi dès que la nation elle-même était partie.

Le cas du marin Henfield en donna en 1793 une preuve éclatante. Originaire du Massachussets, il s'était engagé en Caroline du Sud, sur un bâtiment français et avait reçu commission d'officier de la République Française. En cette qualité, il pourchassa les ennemis de la France, et, un jour le

1. *Thirty Hogsheads of Sugar vs Boyle*. 9 Cranch, p. 198. ~

navire français qu'il commandait pénétra dans la baie de Philadelphie ayant à sa suite un bâtiment anglais qu'il avait capturé. Sur la demande du ministre anglais, Henfield fut arrêté, accusé et jugé par la United States Circuit Court de Pennsylvanie. En l'absence de toute législation américaine sur la question, le président démontra au grand jury qu'Henfield devait être poursuivi et puni selon les précédents britanniques. Le jury refusa la condamnation. L'exultation du peuple se manifesta bruyamment, et la protestation générale contre l'empire de la loi anglaise fut suffisamment explicite.

Lorsque Marshall fut à la tête de la Cour Suprême, il ne s'encombra guère des précédents anglais, bien qu'il leur eût donné plus d'attention en droit des gens qu'en droit privé. Alors qu'aujourd'hui le lawyer américain ne soutient sa défense que par une joute de précédents et qu'un Robert Lansing entrava, à la présidence de la Commission des Responsabilités, le châtimement du Kaiser, probablement parce que... — où se tourner pour voir un Kaiser châtié? — le grand juge pénétra bravement dans le domaine nouveau et dit la loi.

Sa négligence des précédents anglais était peut-être due en partie à la méfiance qu'il portait aux tribunaux anglais. Et ceci nous amène au second trait caractéristique du grand juge, son souci d'équité absolue et son intégrité parfaite. Nous avons vu qu'au cours de la bataille politique la plus acharnée, et malgré ses convictions personnelles

absolument opposées à celles du gouvernement qui décrétait envers et contre le bien de la nation, John Marshall remplissait impassiblement sa fonction et sévissait contre les transgresseurs des décrets. Son sentiment du devoir et son impartialité n'étaient jamais en défaut. Il écrivait au sujet des tribunaux de prises : « Le siège de l'autorité judiciaire est localisé dans le pays belligérant, selon la loi et la pratique habituelles des nations ; mais la loi elle-même n'est située nulle part. C'est le devoir de celui qui siège là de donner aux questions qui se posent, la solution même qu'il leur donnerait s'il siégeait dans le pays neutre dont les droits vont être l'objet d'une décision. »

En 1800, lorsqu'il était secrétaire d'Etat, il s'élève, dans les instructions qu'il envoie à Rufus King, ministre plénipotentiaire des Etats-Unis en Grande-Bretagne, contre la corruption des cours d'amirauté britanniques. Il reconnaît qu'on ne peut pas attendre de tous les commandants de vaisseaux, une correction parfaite, et que les tentations offertes à l'avarice par un riche commerce neutre, sont grandes, là surtout où le gouvernement n'impose aucune restriction. C'est pourquoi le gouvernement doit exercer une police sévère, sous peine d'être accusé de causer les excès qu'il tolère.

« Le contrôle le plus effectif réside dans une justice intègre qui décidera impartialement entre les parties et condamnera le capteur aux coûts et dommages quand la capture aura été faite sans cause

probable. Si cette pratique n'est pas observée honnêtement et avec rigidité, rien ne retiendra plus les capteurs... La perte pour le marchand neutre est immense... Tel est l'état des choses dans les possessions britanniques d'Amérique (1). » Et le Secrétaire d'Etat décrit les mœurs corrompues des juges anglais, que le gouvernement n'a jamais tenté de réprimer.

Or, seul le gouvernement peut ramener le respect du droit et l'esprit de justice en sévissant fermement contre ceux « qui ternissent à la fois le siège de la justice et l'honneur de leur pays, en se transformant eux-mêmes, de juges qu'ils sont, en vulgaires instruments de pillage ».

Quinze ans plus tard, le Grand-Juge ne s'exprime plus avec la hardiesse du secrétaire d'Etat dans son instruction confidentielle, mais ses termes mesurés ont autant de mordant. A l'occasion de l'affaire du navire *Vénus*, John Marshall, en dissentiment avec le juge associé qui présidait à sa place, jugea nécessaire d'exposer parallèlement à l'opinion du juge Washington, les motifs détaillés de son dissentiment. Ce dernier avait jugé selon les précédents anglais. Marshall arrive à une conclusion opposée, s'il est permis « d'être guidé par les lumières de la raison et les principes de la justice naturelle.

« Mais il paraît qu'une série de décisions a établi la loi autrement, que nous ne pouvons pas sans renverser un système magnifique assis sur la base solide

1. American State Papers. Foreign Relations, II, p. 486.

de la loi nationale, et dont tous les points sont admirablement ajustés les uns aux autres, céder aux suggestions de l'humanité sur ce point particulier. Sir William Scott, tel est l'argument donné à la barre, a, par une série de décisions, développé les principes de la loi nationale sur ce sujet, avec une perspicacité et une précision qui marquent suffisamment le chemin que nous devons suivre.

« Je respecte sir William Scott, comme je respecte tout grand homme ; je respecte ses décisions, et je ne voudrais pas les rejeter à la légère ; mais il est impossible de les considérer attentivement sans apercevoir que son esprit penche fortement en faveur des capteurs. Par exemple, la résidence en pays belligérant condamnera la part d'un neutre faisant le commerce en pays neutre ; par contre, la résidence en pays neutre ne protégera pas la part d'un belligérant ou d'un neutre dans une maison de commerce établie en pays belligérant. Dans une grande contrée maritime, dont la gloire et la sécurité dépendent de sa marine, le parti-pris national est peut-être si entier dans cette direction que le juge, sans même en avoir conscience, doit sentir son influence. Quoi qu'il en soit, je suis certain du fait ; et, en conséquence, il m'apparaît d'autant plus légitime de procéder avec rigidité à l'investigation des principes sur lesquels ses décisions sont basées, et de ne pas les étendre là où ils produiraient l'injustice (1). »

1. 8 Cranch., p. 298.

Un dernier trait domine dans son attitude vis-à-vis du droit international : la conscience qu'il a de côtoyer sans cesse les frontières de la politique et sa volonté de ne jamais empiéter sur ce qui ne fait pas partie de sa mission juridique. Celle-là, il la revendique tout entière, et veut chasser loin d'elle toutes les intrigues des politiciens. C'est dans le même esprit qu'il donna à la Constitution des Etats-Unis l'interprétation qui lui assurait le maximum d'efficacité compatible avec les barrières que la droiture de son jugement lui dressait, chacun dans son domaine. Mais la délimitation est parfois si ardue qu'il faut avancer avec une extrême précaution et user à la fois de bon sens et de finesse.

La reconnaissance d'un Etat en tant qu'Etat ou belligérant a souvent donné lieu à des difficultés de ce genre. En 1808, le procès *Rose vs Himely* (1) soulève la question du statut de Saint-Domingue, colonie française révoltée qui s'efforçait de soutenir par les armes l'indépendance qu'elle proclamait.

Saint-Domingue s'étant déclarée Etat souverain, et n'ayant pas été vaincue, devait être traitée par les autres nations comme souveraine en fait, et avoir avec le globe les mêmes rapports que les autres nations belligérantes. Cette argumentation s'appuyait sur les doctrines de Vattel. Mais, intervient Marshall, l'auteur s'adresse évidemment aux souverains et non aux Cours de Justice.

1. 4 Cranch., p. 272.

« C'est aux gouvernements à décider s'ils considéreront Saint-Domingue comme une nation indépendante, et jusqu'à ce que cette décision soit prise, ou que la France ait renoncé à sa revendication, les Cours de justice devront considérer l'ancien état de choses comme demeuré intact, et le pouvoir souverain de la France sur sa colonie comme subsistant. »

De même, lors de la révolte des colonies espagnoles contre la métropole, la détermination du statut de ces colonies est une question qui appartient « à ceux qui déclarent ce que la loi sera ; qui peuvent placer la nation dans telle position à l'égard des puissances étrangères qu'il leur semblera sage de le faire ; à qui sont confiées toutes les relations extérieures... L'action des tribunaux doit dépendre si entièrement de celle du gouvernement qu'il est difficile de donner une réponse précise aux questions qui ne se réfèrent pas à une nation particulière. L'on peut dire, d'une façon générale, que si le gouvernement reste neutre et reconnaît l'existence d'une guerre civile, ses Cours ne peuvent considérer comme criminels les actes d'hostilité que la guerre autorise et que le nouveau gouvernement peut diriger contre son ennemi. En décider autrement serait décider que la guerre poursuivie par l'une des parties était illégale, et serait dresser la nation à laquelle appartient la Cour, contre cette partie. Ceci transgresserait les limites prescrites au département judiciaire (1) ».

1. U. S. vs Palmer., 3 Wheaton, p. 610-644.

Nous rencontrons encore ces scrupules en matière de traité, de représailles. Dans ce dernier cas, il représente avec une netteté particulière qu'appliquer à une nation les mauvais procédés qu'elle emploie à notre égard, est une mesure politique et non légale. S'il plaît au gouvernement américain d'user de réciprocité vis-à-vis de l'Espagne en matière de capture, il le décrètera formellement. De même qu'il peut renoncer au plein exercice des droits de la nation et ne pas se venger.

Les Cours de Justice n'ont pas à entrer dans les considérations qui le poussent. Jusqu'à ce que l'acte de représailles soit passé, elles sont liées par le droit des gens qui est le droit de leur pays, et ne connaîtront que lui. « Nous n'avons pas à nous éloigner du chemin battu qui nous a été prescrit pour avancer dans le sentier tortu et inextricable de la politique (1). »

Il est remarquable d'entendre le Grand-Juge formuler ces distinctions qui nous semblent, à nous Français, presque banales, tant le contraire serait incroyable. Mais le pouvoir judiciaire a, aux Etats-Unis, un champ d'action infiniment plus vaste qu'en France, de même que le barreau américain ne connaît aucune des restrictions qui paralysent jusqu'à un certain degré le barreau français.

En 1815, époque à laquelle parle Marshall, la Cour Suprême, pâle institution à l'origine, marchait

1. *The Nereid*, 9 Cranch., p. 423.

vers la toute puissance, et d'aucuns commençaient à s'en effrayer et gronder. Aussi, Marshall tient-il à montrer que cette puissance est légitime et n'excède pas les bornes du domaine qui lui est assigné. Loin de là, elle fait preuve au contraire de scrupules pour prévenir tout empiétement sur un domaine étranger bien que mitoyen.

.

Telles sont les conditions du milieu qui forma John Marshall et l'attitude qu'il assumait dans ses décisions qui furent la première grande expression du droit des gens, aux Etats-Unis prenant leur essor.

CHAPITRE III

L'ŒUVRE

L'étude que nous faisons n'a pas la prétention d'être complète. John Marshall n'a assumé qu'une fois le rôle d'écrivain et ce fut pour raconter la vie de George Washington.

Il ne laissa aucun traité de droit des gens. Toute sa doctrine est éparpillée dans les « opinions » qu'il délivra du haut du Banc Suprême.

Tel est le terme qui désigne la décision motivée par laquelle le juge président clôt les débats. Elle est rapportée dans les recueils de jurisprudence à la suite du détail des plaidoiries.

L'étude du Droit aux Etats-Unis est, à peu de choses près, enfermée tout entière dans l'examen de la jurisprudence qui a donné telle solution à telle question. L'esprit se meuble ainsi d'une série de connaissances juxtaposées, précieuses certainement, mais ne formant pas une construction d'ensemble où l'interdépendance des parties est mise en lumière. Cette méthode anglo-américaine n'est pénétrée que très lentement par la méthode française, essentiellement constructive.

Si des traités sont publiés de nos jours en nombre assez important, nous ne croyons pas que la méthode fondamentale ait changé.

Le *Digeste de Droit international public*, publié en 1906 par John Bassett Moore, un des juristes les plus érudits en cette branche, et sans doute celui qui a le plus écrit, comprend huit volumes importants d'une documentation minutieuse. S'il y existe une classification d'ensemble, il n'en reste pas moins que la substance des chapitres est toute faite de l'exposé de la jurisprudence. Ce n'est pas tel principe que les étudiants désignent, c'est tel cas où ce principe est appliqué. On dira peut-être qu'il y a là une subtilité de raisonnement, et que le résultat est le même. Nous croyons la différence plus profonde, et il nous apparaît que sur ce sujet américain, appliquer la méthode française n'est pas sans difficulté.

Toutefois, après avoir attentivement examiné les multiples décisions du Grand-Juge, nous renonçons à les rapporter telles quelles de crainte d'être fastidieux.

Nous avons préféré présenter quelques points capitaux et délibérément passer sous silence ceux qui n'ont plus aujourd'hui qu'un intérêt amoindri, parce que purement historique, ayant trait au fonctionnement des cours d'alors et à la procédure, ainsi que des points très secondaires du droit des gens.

Nous toucherons successivement aux questions des droits des Etats, de leurs rapports par le moyen des traités, de la guerre et de la neutralité. Enfin,

quelques points annexes compléteront l'exposé des vues de John Marshall en ces matières.

SECTION I

Formation et droits des Etats

A. — FORMATION TERRITORIALE ET RECONNAISSANCE POLITIQUE

La nation devient personne de droit international par un double processus dont l'accomplissement est, pour ainsi dire, la consécration officielle de l'Etat.

Il y a d'abord une genèse physique. L'Etat naît. Il se limite un territoire et une population. Il amalgame ses éléments. Puis, à un moment donné de sa croissance, les autres Etats du globe interviennent pour lui donner, théoriquement, une âme. Ils déclarent lui conférer une place parmi eux et reconnaître en lui les attributs qu'ils se sont plu à se donner à eux-mêmes. Le nouvel Etat a des droits dont l'énumération est importante et peut être variée longuement. Mais un seul mot les contiendra tous et sera pour lui la marque de sa promotion : souveraineté.

La découverte, la conquête, la cession ont contribué chacune pour leur part à constituer le territoire des Etats-Unis de l'Amérique du Nord.

Les vieilles colonies anglaises qui furent le noyau initial d'où partit la grande nation furent conquises

sur l'Angleterre par les patriotes. Mais elles constituaient une part infime du territoire actuel des Etats-Unis, et l'Ouest et le Sud, et les immenses étendues du centre inexploré étaient ouvertes à la compétition de tous. Les colonies révoltées n'étaient qu'une unité dans la poussée vers l'intérieur.

John Marshall exposa le statut juridique que crée la découverte dans l'affaire *Johnson vs Mc Intosh* (1), où nous notons une tournure d'esprit du juge : il aime replacer dans les conditions concrètes qui l'ont provoquée la question de droit qu'il résout. Il trace un tableau très coloré des grandes nations d'Europe ardentes à s'approprier respectivement la part la plus grande de cet immense continent à peine découvert. Il y a place pour l'ambition et les entreprises de tous, et, note-t-il avec finesse, le caractère et la religion grossière de ses habitants offrent une manière d'excuse pour les considérer comme devant subir l'ascendant légitime du génie supérieur de l'Europe. Les potentats du vieux monde se convainquent aisément qu'en répandant sur les habitants du nouveau monde, civilisation et chrétienté, en échange de leur indépendance illimitée, ils leur fournissent une ample compensation. La véritable difficulté gît précisément en ce que tous poursuivent le même but. Il faut éviter les rivalités de colonisation, c'est-à-dire la guerre entre voisins. Un principe, reconnu de tous comme la loi du droit d'acquisition que tous affirment, doit régir leurs rapports.

1. 8 Wheaton, p. 543.

Ce principe est le suivant : la découverte donne au gouvernement par l'autorité ou les sujets duquel elle a été faite, titre à l'exclusion de tout autre gouvernement européen, lequel titre sera définitivement acquis par la possession. Il en découle que l'exclusion de tous les autres Européens donnait nécessairement à la nation seule faisant la découverte, le droit d'acquérir des indigènes leur territoire et d'y créer des établissements. Ce droit, aucun Européen ne pouvait le contester. Tous le revendiquaient pour eux-mêmes et s'inclinaient devant la revendication qu'en faisaient les autres.

De nos jours, personne ne nie ce grand principe : la terre au premier occupant. C'est plutôt son développement qu'un théoricien subtil comme M. Rivier, analyse d'une façon différente.

Le Grand-Juge semble bien, en effet, donner dans le fondement juridique du titre, autant de poids, sinon plus, au droit exclusif d'acquérir le sol des indigènes, qu'à l'occupation pure et simple du premier arrivé. Or, une réflexion attentive porte à croire que dans l'état présent du Droit international public, l'occupation seule crée le titre. Elle le crée à une condition : c'est que le territoire soit sans maître actuel. Les habitants, s'il y en a, ne sont pas des maîtres. Le maître c'est le souverain, c'est la chose publique. Les peuplades mi-sauvages ne sont à aucun degré des maîtres.

Quelle valeur ont donc ces contrats passés par les gouvernements faisant l'occupation, avec les chefs

des tribus? Certainement pas une valeur juridique, et ce, pour deux raisons. La première est qu'il n'y a pas entre les deux parties contractantes égalité de consentement. L'une n'agit pas avec la volonté consciente qu'apporte l'autre à la tractation, et inmanquablement elle en tirera avantage. La seconde n'est pas une raison de droit civil, mais public : seuls peuvent transmettre la souveraineté territoriale, ceux qui la possèdent. Or, le droit public des Etats civilisés n'accorde pas aux chefs primitifs cette souveraineté qui est l'apanage des Etats modernes.

Ce prétendu contrat n'est-il donc qu'une comédie peu à l'honneur des grands Etats? Il peut se justifier au point de vue politique : il est comme la marque visible de l'antériorité de la possession vis-à-vis des autres Etats. De plus, il est de bonne diplomatie à l'égard des indigènes, le civilisé se concilie les chefs.

Il a agi parfois avec modération. Les Quakers du xvii^e siècle ont payé aux Indiens les territoires qu'ils annexaient. Les Etats-Unis ont repris le système de l'indemnité, mais se sont, d'autre part, montrés souvent injustes et durs, voire même cruels.

Il semble bien que le scepticisme du Grand-Juge au sujet de la mission civilisatrice des grandes puissances ne soit que trop justifié. Le motif premier est le lucre qui se donne une apparence extérieure d'humanité et la rejette dès qu'elle entre en conflit avec ses intérêts.

La cession fut également un des moyens auxquels les Etats-Unis eurent recours pour constituer leur

territoire. Il s'agit de cession véritable du droit des gens, faite par un gouvernement indépendant à un autre.

John Marshall s'en fit le théoricien lors du traité de 1819 avec l'Espagne, qui cédait la Floride aux Etats-Unis (1). L'article 6 du traité contient la provision suivante : « Les habitants des territoires que sa Majesté Catholique cède aux Etats-Unis par ce traité, seront incorporés dans l'Union des Etats-Unis, dès qu'il sera consistant avec les principes de la Constitution fédérale, et admis à la jouissance des privilèges droits et immunités des citoyens des Etats-Unis. »

Les restrictions auxquelles l'article fait allusion sont l'exclusion du pouvoir politique. La Floride ne participera au gouvernement que lorsqu'elle sera devenue un Etat. La Constitution lui réserve d'ailleurs l'accès à ce titre.

Ce traité est la loi du pays, dit le Grand-Juge.

Mais telle aurait été la condition des habitants du territoire cédé, indépendamment de toute stipulation.

Dans le procès des Etats-Unis contre *Percheman* (2) il développe l'intangibilité des droits privés dans cette cession d'un gouvernement à un autre. Il est très rare, même dans le cas de conquête, de voir le conquérant faire plus que déplacer la souveraineté et s'emparer du pouvoir. L'usage moderne des nations, qui est

1. *American Insurance Co vs Canter*, 1. Peter, 542

2. 7 Peter, p. 51.

devenu loi, serait violé ; le sens de la justice et du droit, senti et consacré par tout le monde civilisé serait outragé si la propriété privée était habituellement confisquée et les droits privés annulés. Le Grand-Juge donne alors une excellente définition des effets de la cession de territoire : « Les habitants changent leur allégeance ; leurs relations avec l'ancien souverain sont dissoutes, mais leurs relations à l'égard les uns des autres, et leurs droits de propriété, ne sont pas troublés. »

L'article VIII du traité de 1819, ajoute Marshall, est visiblement introduit par l'Espagne pour la sécurité de la propriété privée, que les lois et usages des nations eussent, sans stipulation expresse, sauvegardée. Sans elle, les titres des individus restent aussi valides sous le nouveau gouvernement que sous l'ancien ; et ces titres, s'ils étaient définitivement acquis, peuvent être prouvés devant les tribunaux des Etats-Unis, indépendamment de cet article.

Il détaille au sujet de l'acquisition de la Louisiane (1), réservant également aux habitants la libre jouissance de leurs biens, ce que l'on entend par le terme « propriété ». Appliqué à la propriété foncière il comprend toute espèce de titres, complets ou partiels. Il est supposé englober les droits qui naissent des contrats, ceux qui sont exécutoires, comme ceux qui ont reçu exécution. A ce point de vue, les rapports des habitants avec leur gouvernement n'ont

1. U.S. vs Soulard, 4 Peter 511.

pas changé. Le nouveau gouvernement prend la place de celui qui a disparu.

Quant au statut personnel des habitants : « le même acte qui transfère leur pays, transfère l'allégeance de ceux qui y demeurent », dit Marshall. Cet axiome fut incontesté jusqu'à la fin du siècle dernier. Pothier l'avait dicté comme un article de foi. « Lorsqu'une province est réunie à la couronne, ses habitants doivent être considérés comme Français naturels ».

Mais l'essor de l'individualisme a enlevé au principe sa rigidité, et il est aujourd'hui telles facultés, option, émigration, plébiscite, qui l'atténuent parfois au point de le paralyser. Marshall, si souvent précurseur, était en ce qui concerne l'allégeance, partisan de la vieille école. Nous aurons l'occasion d'y revenir plus loin. Il aurait probablement uni sa voix à celle de M. Rivier, qui lui-même cite plusieurs fois le Grand-Juge dans ses *Principes du Droit des Gens*, lorsqu'il dénonce l'idée de plébiscite comme une idée fausse, car elle suppose « que le peuple, ou une partie du peuple, n'est pas lié par le traité dûment conclu et ratifié par l'Etat, c'est-à-dire par ses représentants constitutionnels et dans les formes constitutionnelles ».

Cette idée de plébiscite entre en contradiction avec l'idée même de l'Etat qui suppose, entre autres éléments essentiels, une volonté collective organisée sous une autorité suprême ayant pouvoir d'engager les individus. De plus, politiquement, cette idée est

fort dangereuse sous son apparence libérale, en permettant à la majorité des habitants d'une province de contrecarrer la réalisation d'un projet désiré par la nation dans son ensemble pour des buts d'intérêt national.

Elle est foncièrement en opposition avec les tendances du Grand-Juge qui lutta de tout son pouvoir contre cette fausse revendication de liberté, sous le couvert de laquelle, les Etats particuliers voulaient dissocier la grande nation en formation, en retirant au gouvernement de l'Union les parcelles du pouvoir qu'ils lui avaient concédé.

Qu'eût été la force de l'Amérique du Nord si elle avait été faite d'une poussière de petites républiques rivales, comme l'Amérique centrale d'aujourd'hui ? Et pourtant le vœu fervent de la majorité des Etats du temps de Marshall, était pour chacun d'atteindre l'indépendance absolue et d'être un potentat à l'intérieur de ses frontières. Il fallut un siècle pour réduire cette mentalité qui causa la guerre de Sécession, et fait encore qu'aujourd'hui où les différences d'Etat à Etat sont très atténuées, l'homme de Boston n'appellera pas volontiers son frère, l'homme du Texas ou du Manitoba.

L'Etat créé aura une existence de fait, et disons même, une indépendance de fait, réelles. Mais, « de cette existence, nous ne savons rien », dit Marshall à propos de la république mexicaine et du brigadier-général Aury, son fondateur (1).

1. U. S. vs Klintock, 5 Wheaton, p. 150.

Les Etats constitués ignoreront, en effet, dans leurs relations, l'existence de fait, d'un autre, tant qu'ils ne l'auront pas reconnue par une démarche officielle, déclaration ou manière d'agir à son égard. Cette démarche, Marshall estime qu'elle est entièrement laissée au gouvernement et que les cours de justice ne peuvent, à aucun degré, dans leurs jugements, présumer de l'attitude de leur pays. Nous l'avons vu en détail à l'occasion de la pénétration de la politique dans le droit international.

Le gouvernement doit d'ailleurs agir avec une extrême prudence. « Aussi longtemps qu'un conflit armé, conservant une chance raisonnable ou même éloignée de succès éventuel, était poursuivi par l'Espagne, les Etats-Unis ne pouvaient pas reconnaître l'indépendance des colonies comme existant de fait, sans manquer à leurs devoirs envers l'Espagne en assumant comme décidé ce qui précisément était l'objet de la guerre », écrit Adams à Mr. Anderson, ministre des Etats-Unis en Colombie, 27 mai 1823 (1).

A côté de la reconnaissance comme Etat, le droit des gens en admet une autre qui est souvent le prélude de la première : la reconnaissance en tant que belligérant. Le Grand-Juge décrit les devoirs qu'elle impose, particulièrement dans l'affaire du navire *Dicina Pastora* (2). Les Etats-Unis ayant reconnu l'existence d'une guerre civile entre l'Espagne et ses

1. M. S. S. Instructions to U. S. ministers, IX, p. 276.

2. IV Wheaton, p. 63.

colonies, c'est-à-dire la qualité de belligérant à chaque partie, mais décidant de rester neutres, les tribunaux de l'Union sont obligés de considérer comme légaux les actes que la guerre autorise. Et notamment, seront légales, tant que la neutralité ou les lois des Etats-Unis ne seront pas violées, les prises effectuées par les bâtiments au service des colonies révoltées.

Cette reconnaissance limitée à la qualité de belligérant présente parfois une complexité de pratique très grande.

Le Grand-Juge l'expose avec sa lucidité habituelle, à propos du statut de la colonie révoltée de Saint-Domingue. La colonie reconnue belligérante au même titre que la mère patrie, n'est pas comme elle souveraine. Cette dernière qui s'efforce de réduire ses sujets révoltés à l'obéissance, possède à la fois des droits de souverain et des droits de belligérant, et peut agir en l'une quelconque de ces qualités. La manière suivant laquelle elle agira déterminera le caractère de l'acte. Si, en tant que législateur, elle publie une loi ordonnant des pénalités pour certaines offenses, loi qui doit être appliquée par les tribunaux, la nature de la loi et des poursuites qu'elle entraîne, décidera du point de savoir s'il y a là exercice des droits du belligérant ou exclusivement de la puissance souveraine, et si le tribunal, en appliquant cette loi à des cas particuliers, agit comme tribunal des prises, ou comme tribunal chargé de faire respecter des réglementations internes.

B. — LES DROITS DES ETATS

Au cours de ces vues sur la formation des Etats et leur revendication du droit à l'existence, le Grand-Juge a souvent prononcé le mot « souverain ».

Que représente-t-il pour lui ? Il a particulièrement développé trois des idées primordiales qui y sont contenues : le droit de juridiction, le droit à l'égalité et le droit au commerce.

La juridiction d'une nation à l'intérieur de son territoire est nécessairement exclusive et absolue.

Sans cesse, cette affirmation revient, presque dans les mêmes termes, dans les opinions du Grand-Juge. « Son territoire » s'applique bien entendu outre l'étendue du sol compris à l'intérieur des frontières, à la mer territoriale. Celle-ci est délimitée diversement suivant les pays, mais toujours en partant du principe de la protection effective qui, du rivage, peut être assurée à cette portion de mer. Certains disent trois milles marins à partir de la laisse de basse-mer, ce qui correspondait à une portée de canon, autrefois. L'Amérique, copiant en cela l'Angleterre, coupe par une ligne tracée d'un promontoire à l'autre, baies ou portions de mer qui constituent sa mer « marginale ».

Le privilège des eaux territoriales ne peut être étendu à aucun degré à la haute mer, et un vaisseau ne peut pas, sous prétexte de se protéger, s'appro-

prier la parcelle d'océan qui lui paraît nécessaire à cet effet, et empêcher un autre de l'approcher (1).

L'Océan est essentiellement ouvert à tous. Aucune nation ne peut tracer de limites dans sa masse immense et continue. Les juristes modernes disent, en général, qu'étant soustrait à la souveraineté des Etats et à leur appropriation, il n'est pas la propriété commune de tous les Etats. Il serait, pour ainsi dire, étranger à tous.

John Marshall ne raisonne pas ainsi. Son opinion fut provoquée par le « Non-Intercourse Act » qui prohibait l'importation des marchandises anglaises venant d'un port ou d'un lieu étranger quel qu'il soit. Le navire anglais *Adventure* avait été capturé par une frégate française et donné au commandant et à l'équipage d'un brig américain dont les Français s'étaient emparés auparavant. Les Américains amenèrent l'*Adventure* à Norfolk, Virginie et là revendiquèrent vaisseau et cargaison. Les Etats-Unis firent valoir avec insistance que vaisseau et cargaison devaient être déclarés forfaits et tomber entre les mains du gouvernement, parce qu'ils provenaient d'un lieu étranger et tombaient sous le coup du « Non-Intercourse Act ». Mais le Grand-Juge fit tomber cette prétention du gouvernement et déclara que « le vaste océan navigable, que l'on appelle emphatiquement et à raison le grand chemin des nations, ne peut pas, en adoptant une stricte propriété de langage, être appelé « un lieu étranger ». Ces mots,

1. The Marianna Flora II Wheaton, p. 1.

dit-on, sont employés pour indiquer tout lieu qui n'appartient pas aux Etats-Unis. Mais la mer est la propriété commune de toutes les nations. Elle appartient également à toutes. Aucune ne peut se l'approprier exclusivement, à aucune elle n'est étrangère (1) ».

Quelle que soit la forme donnée au grand principe de la liberté des mers, la juridiction territoriale d'un pays ne s'étend pas au delà de la limite des eaux marginales. Et à l'intérieur de cette limite elle est absolue. John Marshall développa, pour la première fois, ce principe, dans un cas particulièrement épineux, alors qu'il était secrétaire d'Etat, et donnait à Mr. Humphreys, ministre des Etats-Unis en Espagne, les instructions qui devaient apaiser les difficultés pendantes entre les deux gouvernements (2). Un rappel historique est ici nécessaire. Dans les guerres qui aboutirent à la paix d'Amiens, les captures faites sur mer en violation des droits des citoyens américains l'étaient souvent par des bâtiments français armés en Espagne, ou opérant dans les eaux espagnoles. Les Américains réclamaient également contre certaines condamnations de prises, prononcées par des consuls ou autres agents à l'intérieur de la juridiction espagnole. Le gouvernement espagnol écarta toute responsabilité personnelle. Ses deux arguments étaient les suivants : il était incapable d'empêcher les actes dont on se plaignait, d'une part ; d'autre part, la responsabilité

1. *Ship Adventure*. I Brockenbrough, p. 241.

2. M. S. Instructions to U. S. Ministers, V, p. 358.

première de ces actes incombait à la France. Or, cette responsabilité au sujet des réclamations de leurs nationaux, la France et les Etats-Unis l'avaient supprimée dans leurs rapports, par la Convention du 30 septembre 1800. La responsabilité secondaire de l'Espagne se trouvait donc ainsi dégagée. Madison, successeur de John Marshall au cabinet, alléguait que la seule excuse valable pour un souverain qui tolère une violation de sa neutralité, est de prouver que sa libre action a été détruite par la force ou le danger, et qu'il a employé tous les moyens raisonnables, pour porter obstacle ou remède au mal.

Mais l'Espagne ne cherchait que de mauvaises excuses, et Marshall avait vu juste lorsqu'il la forçait dans sa retraite. Nous comprenons fort bien, disait-il, que la plupart des jugements injustes et préjudiciables ont été rendus par des tribunaux consulaires français établis en Espagne. Mais cette circonstance ne diminue aucunement la portée de la revendication des Etats-Unis, près le gouvernement espagnol. « Que la juridiction complète et exclusive à l'intérieur du territoire propre d'un Etat, soit de l'essence même de la souveraineté, est un principe que toutes les nations affirment. Il en résulte que les tribunaux de quelque espèce qu'ils soient, peuvent seulement être établis dans une nation de par le consentement du pouvoir souverain de cette nation. » Le pouvoir qu'ils possèdent dérive de ce pouvoir suprême, est une portion de lui-même. Ainsi les nations étrangères considèrent-elles les décisions de

ces Tribunaux de la même manière que si elles étaient rendues par les tribunaux ordinaires du pays. Un gouvernement peut, à sa guise, permettre à des étrangers d'exercer une partie de sa souveraineté, sur son propre territoire, il n'en reste pas moins aussi responsable vis-à-vis des autres Etats que si ces pouvoirs n'étaient pas exercés par des personnes à qui il les a délégués mais bien par ses propres sujets, nommés directement par lui-même. Les nations étrangères n'ont pas à tenir compte des arrangements internes qu'un gouvernement peut prendre, et les obligations qu'il a envers elles ne doivent pas en être affectées. Aussi, quand les tribunaux consulaires français condamnent en Espagne des vaisseaux neutres, capturés par des bâtiments français équipés dans les ports de Sa Majesté Catholique, ou manœuvrés plus ou moins par ses sujets, l'hostilité de l'acte n'en est que plus complète.

Dans le cas présent, l'injure était encore aggravée du fait qu'elle violait les provisions d'un traité d'amitié entre les Etats-Unis et l'Espagne. Mais nous raisonnons au point de vue du droit international pur, en dehors de toutes conventions qui peuvent varier ses règles à l'infini.

Le principe absolu de juridiction territoriale est donc nettement posé par Marshall. Jusqu'où pourra s'étendre cette compétence juridictionnelle ? Aucune cour de justice ne peut mettre à exécution les lois pénales d'un autre pays (1).

1. *The Antelope*, 10 Cranch, p. 123.

D'autre part, quelle que soit la loi locale d'après laquelle agit un tribunal, s'il exerce une juridiction que le droit des gens ne permettait pas à son souverain de lui conférer, ses décisions doivent être jugées nulles et non avenues hors les frontières de ce souverain (1).

Là où l'action intervient exclusivement entre étrangers, le tribunal décline la compétence, bien plus, semble-t-il, parce que tel est l'usage général qu'en vertu d'une incapacité positive. Le point ne semble pas avoir été jamais décidé, dit le Grand-Juge. A son avis, les considérations tirées de l'avantage du public sont en faveur de la juridiction de la Cour, et en tous cas, s'il existe des doutes là où la compétence est contestée, il ne doit plus y en avoir lorsque les parties ne soulèvent pas d'objections (2).

A l'opposé, est-il des cas où le souverain renonce au plein exercice de sa juridiction dans les limites que tous lui reconnaissent ?

Il est certain qu'elle n'est susceptible d'aucune limitation provenant d'une source extérieure, selon le Grand-Juge. Une restriction de cette sorte impliquerait une diminution de la souveraineté et sa subordination à un pouvoir externe dans la mesure de cette restriction. Toutes les exceptions au plein pouvoir d'une nation à l'intérieur de ses frontières, ne peuvent donc provenir que du consentement de la

1. *Rose vs Himely*, 4 Cranch, p. 24.

2. *Mason vs Ship Blaireau*, 2 Cranch, p. 263.

nation elle-même, consentement exprès ou tacite. « Le monde étant composé de souverainetés distinctes possédant des droits égaux et une égale indépendance, dont la prospérité respective a sa source dans un commerce mutuel et un échange de ces bons offices que l'humanité dicte et que ses besoins demandent, tous les souverains ont consenti à relâcher en pratique... ce pouvoir absolu de juridiction. »

Les exceptions reconnues universellement s'appliquent à la personne du souverain, à ses agents diplomatiques, au passage de ses troupes en territoire étranger, et à ses navires de guerre dans certaines conditions. Le Grand-Juge les présente d'une façon très détaillée dans le procès célèbre du « Schooner Exchange » (1).

La personne du souverain ne sera pas susceptible d'être arrêtée ou détenue en territoire étranger. S'il pénètre sur ce territoire à la connaissance et avec licence de son souverain, cette licence, bien que ne contenant pas de stipulation d'exemption de juridiction, sera universellement construite comme l'impliquant. Pourquoi cette construction ? Il n'y a qu'une réponse possible : il est inadmissible qu'un souverain étranger ait l'intention de se soumettre à une juridiction incompatible avec sa dignité et celle de sa nation. C'est pour éviter cette soumission que la licence est obtenue. La personnalité à qui elle est accordée, et l'objet pour lequel elle est accordée,

1. 7 Cranch, p. 138.

exigent également qu'elle soit construite comme assurant pleine et entière sécurité à cette personnalité.

Si un souverain pénètre sur le territoire d'un autre sans son consentement exprès ou tacite, sa situation serait incertaine, et le cas n'a pas encore été résolu. S'il n'en résultait pas pour lui un assujettissement à la juridiction territoriale de l'autre souverain, il semblerait que ce soit uniquement parce que tous les souverains se sont tacitement engagés à ne pas se prévaloir d'un pouvoir envers leur égal, qu'une confiance romanesque en leur magnanimité a placé entre leurs mains.

Les ambassadeurs jouissent du même privilège, quant à leur personne. Nous le développerons ultérieurement, lorsque nous traiterons la question des agents diplomatiques.

Le souverain cède encore une portion de sa juridiction territoriale lorsqu'il permet aux troupes d'un prince étranger de traverser son territoire. Même sans déclaration expresse de l'abandon de juridiction il serait considéré, s'il en tentait l'exercice, comme ayant violé sa foi. Car le but de la concession du libre passage serait ainsi défait, et une portion de la force militaire d'une nation étrangère indépendante serait détournée de ses buts nationaux, et des devoirs qu'elle avait à remplir, et retirée au contrôle du souverain dont la puissance et la sûreté peuvent grandement dépendre du commandement et de la disposition exclusive de sa force armée. L'accord du libre passage implique donc renonciation à toute juridic-

tion sur les troupes durant ce passage, en faveur du général étranger, seul maître d'appliquer la discipline et d'infliger les châtimens que le gouvernement de son armée peut exiger.

Le passage dans les eaux territoriales, ou le séjour dans les ports d'une nation, de bâtimens étrangers, entraîne une distinction très importante. A supposer que, en l'absence de tout traité, les bâtimens publics et privés d'une puissance amie soient accueillis de même que le seraient, sans licence spéciale, les sujets de cette puissance venant faire du commerce ou se distraire en pays étranger, le pouvoir de juridiction territoriale du souverain ne s'exercera pas également à leur égard. Les navires de guerre de l'Etat étranger ne subiront pas le même traitement que les individus ou les navires marchands.

Le navire de guerre constitue une partie de la force militaire de la nation ; il agit sous le commandement immédiat du souverain, qui l'emploie à des fins nationales. Ce souverain a maintes raisons puissantes d'empêcher ces fins d'être contrecarrées par l'immixtion d'un Etat étranger, nuisant à la fois à son pouvoir et à sa dignité.

La licence tacite aux termes de laquelle un tel navire entre dans un port ami, doit ajouter aux rites de l'hospitalité l'exemption de juridiction.

Sans aucun doute, le souverain du lieu peut détruire cette implication, revendiquer et exercer sa juridiction par la force ou par l'assujettissement de ces vaisseaux à la compétence des tribunaux ordi-

naires. Mais jusqu'à l'affirmation explicite d'une telle volonté, les tribunaux ordinaires ne peuvent estimer avoir reçu du souverain une juridiction qui constituerait un manque de parole.

John Marshall a également insisté sur un autre principe tiré de la notion de souveraineté : celui de l'égalité des Etats.

Tandis que le droit de juridiction dérive de la souveraineté intérieure, celui de l'égalité est un des éléments de la souveraineté extérieure de l'Etat.

Dès 1800, alors qu'il est à la tête du ministère, nous l'entendons revendiquer ce droit, en rapport intime avec le droit de juridiction. L'égalité des nations veut que toutes puissent revendiquer le droit de juridiction au même degré, et défend que l'une d'elles affirme sa suprématie sur une autre.

De nombreux citoyens des Etats-Unis s'étaient plaints d'avoir reçu du gouvernement espagnol, en exécution de contrats à base de monnaie métallique, du papier déprécié. L'injustice était manifeste. Entre liquider une dette en payant la moitié de son montant nominal, ou en payant la totalité de son montant nominal qui n'équivaut plus qu'à la moitié de sa valeur réelle, il n'y a pas de différence. A ces remontrances, le ministre de Sa Majesté Catholique a répondu par le droit absolu d'un Etat souverain sur son propre territoire. Personne ne songe à le mettre en question ou à empiéter sur lui ; mais au même niveau que lui et susceptible d'une extension égale se dresse le droit de la nation adverse.

Les particuliers qui traitent avec un souverain étranger ne deviennent pas par là-même soumis à son arbitraire. Ils ont, derrière eux, leur nation égale en tous points à la nation étrangère.

Mais, comme il n'existe pas de tribunal pour présider à l'exécution des contrats entre un souverain et des individus, la bonne foi du souverain doit être la seule garantie. Ce lui sera un point d'honneur que d'exempter du champ d'action de son pouvoir suprême sur toutes les transactions passées dans les limites de ses dominions, ses engagements personnels (1).

De même que Vattel écrivait : « Une petite république n'est pas moins un Etat souverain que le plus puissant royaume... Par une suite nécessaire de cette égalité, ce qui est permis à une nation l'est aussi à l'autre » ; de même John Marshall affirmait : « Aucun principe de droit général n'est plus universellement reconnu que la parfaite égalité des nations. La Russie et Genève ont des droits égaux. Il résulte de cette égalité que nul ne peut légitimement imposer une règle à un autre. Chacun légifère pour lui-même, mais sa législation ne peut opérer que sur lui (2). »

« Russia and Geneva have equal rights » a pris la force d'un axiome aux Etats-Unis. Cette formule trouvée par le Grand-Juge a eu plus d'effet sur la foule que tous les raisonnements subtils justifiant le

1. To Mr Humphreys minister to Spain, 23 sep. 1800. Instruction to U. S. Ministers, V, p. 383.

2. The Antelope, 10 Wheaton, p. 122.

principe. Il est intéressant de noter qu'ici il a suivi le droit de l'Angleterre, qui, contrairement aux puissances continentales, a toujours reconnu, théoriquement, le principe de l'égalité des nations, particulièrement dans sa jurisprudence maritime. Il y a toujours eu, chez John Marshall une sorte de respect inné et inavoué pour les traditions de l'Angleterre, et sa volonté de se perpétuer en dehors de tout désordre. L'influence du droit anglais eût peut-être été plus visible dans son œuvre s'il l'eût connu en érudit dans tous ses détails.

Ce principe de l'égalité des Etats, de la « parfaite égalité » a d'ailleurs l'apparence d'un paradoxe aussi audacieux que celui de l'égalité des individus. Dans l'un et l'autre cas, l'égalité est si purement fictive qu'on a la tentation de rejeter le principe lui-même. D'aucuns l'ont fait ; et c'est un Anglais, T. J. Lawrence qui s'est exprimé le plus fortement à cet égard dans un essai où il traite de la suprématie des grandes puissances (1). Grotius fut le premier à établir ce principe de l'égalité des nations, mais « un principe n'est pas nécessairement vrai aujourd'hui parce qu'on le trouve dans Puffendorf et dans Vattel... Il demande à être éprouvé à la lumière des événements du présent âge, avant d'être accepté comme faisant partie intégrante du droit international moderne ». Quelle est la leçon de l'histoire du

1. *Essays on some disputed questions in modern international law.*

siècle dernier ? Le Congrès de Vienne crée en 1815 la Sainte Alliance qui réunit dans un but généreux d'humanité les grands souverains d'Europe. L'Angleterre, méfiante, refuse de se joindre à eux.

A peine née, la Sainte-Alliance se transforme en une ligue absolutiste des souverains contre les révolutionnaires. Là était le danger du concert européen. Il fut écarté par l'attitude de l'Angleterre qui avait vu juste, puis par celle des Etats-Unis, par l'organe du président Monroë. La Sainte-Alliance est tuée. Et le concert se réforme dans d'autres conditions peut-être, mais sur la même base. L'Angleterre, cette fois, y fait entendre sa voix impérative. On doit à cette union beaucoup de bonnes choses sans doute, l'indépendance de la Belgique, la fondation des royaumes de Grèce, d'Egypte par exemple.

Il n'en reste pas moins qu'un coup d'œil sur les plus importantes transactions des temps récents, montre suffisamment que les grandes puissances ont, du consentement tacite de tous les Etats d'Europe, une sorte d'autorité dirigeante en maintes matières. Leur prééminence est si marquée et comporte des résultats légaux si importants, que « la vieille doctrine de l'égalité absolue des nations souveraines devant le droit international n'est plus applicable. Ce n'est pas seulement que les Etats plus forts ont une influence proportionnée à leur force ; mais que la coutume leur a donné ce qui peut à peine être distingué d'un droit légal à trancher les questions litigieuses comme il leur plaît, les Etats

moins forts étant obligés d'acquiescer à leurs décisions ».

L'on pourrait répondre à T. J. Lawrence que cette prééminence indiscutable est un fait politique, qui a pris corps empiriquement sous la poussée des nécessités et que le principe juridique de l'égalité des nations n'est aucunement atteint. Mais nous hésitons à nous montrer si ferme depuis que l'argument ultime d'un partisan convaincu de l'intégrité de ce principe, M. Rivier, a reçu un démenti éclatant.

Dans un congrès une grande puissance n'a pas plus de voix qu'une petite, allègue-t-il. La grande construction actuelle du droit des gens, la Société des nations agit autrement en son Conseil. N'est-ce pas le principe lui-même qui est ici culbuté et non plus seulement son application pratique ?

Il est un troisième droit découlant de la notion de souveraineté, que John Marshall a énergiquement revendiqué pour son pays. Alors qu'un Jefferson écrivait en 1786 (1) : « Je ne désire pas que les Etats-Unis se livrent au commerce ni à la navigation, mais qu'ils se tiennent respectivement à l'Europe, sur le même pied que la Chine », John Marshall prenait énergiquement le contre-pied de cette opinion incroyable. Son souci de sauver le commerce des Etats-Unis gravement compromis par les guerres européennes et les mesures d'embargo de Jefferson, apparaît constamment et il proclame le droit au libre commerce. S'il dit en 1789 « Liens politiques avec

1. Letter to Stuart from. Paris 1786.

personne », il dit aussi : « Relations commerciales avec tous ».

Ce droit au commerce dérive bien de la souveraineté, car une nation a le droit de prohiber tout commerce étranger avec ses colonies. Toute tentative faite en violation de ce droit est un préjudice qu'elle peut empêcher en employant les moyens nécessaires. Ces moyens ne sont pas enfermés dans certaines limites fixes. Mais s'ils sont tels qu'ils constituent des vexations inutiles et épuisent sans raison le commerce légitime, les nations étrangères résisteront à leur exercice. S'ils sont raisonnables et simplement la démonstration nécessaire au respect de leur droit, elles s'y soumettront. D'ailleurs le champ de la vigilance d'une nation sera fixé différemment suivant les mers et les côtes qui en sont l'objet.

Dans la Manche, par exemple, où une très grande partie du commerce des pays du Nord passe dans une mer très étroite, la saisie des vaisseaux suspects de se livrer à un commerce illicite, doit être réduite à son minimum, tandis que sur les côtes de Sud-Amérique, rarement fréquentées par les vaisseaux si ce n'est pour des raisons illicites, la vigilance du gouvernement peut être légitimement étendue plus loin. Les nations étrangères se soumettent donc aux réglementations réellement nécessaires au maintien de ce monopole du commerce colonial qui est revendiqué par toutes les nations ayant des possessions distantes (1).

1. *Crunch vs Hubbard* 2 *Cranch* 234.

Ces notions sur la souveraineté s'appliquent seulement aux Etats jouissant d'une indépendance complète. Dans le cas de l'Etat fédératif, la souveraineté extérieure est retirée aux Etats membres et concentrée en une abstraction qui est le pouvoir fédéral.

Mais il est d'autres sortes de dépendances, et l'une d'elles, celle de la nation indienne vis-à-vis du gouvernement des Etats-Unis a été particulièrement bien analysée par le Grand-Juge, lors du procès de la nation Cherokee contre l'Etat de Géorgie (1).

Le point théorique à déterminer était le suivant :

Une tribu ou une nation indienne à l'intérieur du territoire des Etats-Unis est-elle ou non un Etat étranger au sens de l'article III, section I, de la Constitution fédérale; comportant que le pouvoir judiciaire des Etats-Unis s'étendra à tous les cas litigieux intervenant entre un Etat de l'Union et des Etats étrangers ?

La condition des Indiens vis-à-vis des Etats-Unis est peut-être unique en son genre. En général, deux nations ne relevant pas d'une allégeance commune sont étrangères l'une à l'autre. Ici il en est différemment. Il est admis que le territoire indien constitue une partie de celui des Etats-Unis. Bien qu'il soit reconnu aux Indiens un droit indiscutable et jusqu'ici indiscuté aux territoires qu'ils occupent jusqu'à ce que ce droit soit éteint par une cession volontaire au gouvernement central, on a cependant de bonnes

1. 5 Peter p. 1.

raisons de douter que ces tribus résidant à l'intérieur des limites reconnues des Etats-Unis, puissent être, à proprement parler, dénommées nations étrangères. On les nommerait, peut-être, plus correctement : nations domestiques dépendantes. Elles occupent un territoire auquel les Etats-Unis font valoir un titre indépendant de leur volonté, titre qui doit se compléter par la possession quand leur propre droit de possession cessera.

Dans l'intervalle, elles sont dans un état de tutelle. Elles et leurs territoires sont considérés par les nations étrangères, aussi bien que par le gouvernement fédéral, comme étant si complètement sous la souveraineté et l'autorité des Etats-Unis, que toute tentative d'acquisition de leurs territoires ou de formation d'un lien politique avec elles serait considérée par tous comme une invasion du territoire des Etats-Unis, et un acte d'hostilité.

SECTION II

Traités

Les relations amiables des Etats souverains se manifestent par les négociations qui ajustent sans cesse les multiples frottements susceptibles d'irriter l'entente commune et aboutissent sur les points importants à des conventions, des accords, et dans la forme la plus officielle, à des traités.

L'on pourrait mettre en exergue des manuels de diplomatie ce mot de Richelieu, grand maître en l'art : « J'ose dire hardiment que négociier sans cesse ouvertement ou secrètement, en tous lieux, encore même qu'on n'en reçoive pas un fruit présent, et que celui qu'on en peut attendre à l'avenir ne soit pas apparent, est chose tout à fait nécessaire pour le bien des Etats. »

Le Grand-Juge a particulièrement insisté sur la force des traités et le respect que la nation doit avoir pour les engagements pris par ceux qu'elle a nommés pour la représenter. « Le Président, dit-il (1), est le seul organe de la nation dans ses relations extérieures. Les demandes d'une nation étrangère ne peuvent être adressées qu'à lui seul. Il détient et dirige la force de la nation, par conséquent, tout acte devant être accompli par le moyen de la force de la nation, doit l'être par son intermédiaire. Il est chargé d'exécuter les lois. Un traité est une loi. Il doit mettre un traité à exécution. »

Qu'arrive-t-il lorsque les intérêts privés des nationaux entrent en conflit avec les provisions d'un traité passé dans l'intérêt général ?

La Constitution des Etats-Unis déclare qu'un traité est la loi suprême de l'Etat. Par conséquent, il lie les tribunaux des Etats-Unis. Il est vrai que l'exécution d'un contrat entre nations doit être demandée au pouvoir exécutif de chacune d'elles, et

1. Jonathan Robin's case 1 Cranch 797.

en général, surveillé par lui, et par conséquent, quelle que puisse être la décision d'une Cour relativement aux droits des parties en litige devant elles, la revendication contre la nation peut encore aboutir, s'il ne lui a pas été donné satisfaction. Mais cependant, là où un traité est la loi du pays, et comme tel, affecte les droits des parties en litige devant les tribunaux, ce traité est obligatoire à l'égard des droits en question, et les tribunaux doivent en tenir compte comme d'un acte du Congrès.

Dans de simples cas entre particuliers, le tribunal luttera et doit lutter avec énergie contre toute construction qui, opérant rétrospectivement, affecterait les droits des parties. Mais, dans les cas graves concernant la nation, si des intérêts individuels risquent d'être sacrifiés, il n'hésitera pas à donner au contrat entraînant ce sacrifice, l'interprétation qui est en conformité avec son but manifeste. Le tribunal n'aura pas à se soucier de fixer une compensation. Ce sera le fait du gouvernement qui a abandonné les droits acquis des citoyens, s'il le juge à propos.

Le tribunal doit décider selon les lois existantes, et s'il est nécessaire de casser un jugement valide quand il fut rendu, mais qui ne pourrait être confirmé qu'en violation de la loi, le jugement sera cassé (1).

1. U. S. Schooner *Peggy*, 1, Cranch, p. 109.

C'était la première fois qu'on entendait énoncer ce principe vital : les Cours de justice sont liées par un traité de même façon que par un acte législatif émané du Congrès. La jurisprudence de la Cour suprême resta fidèle à ce principe que le grand juge développa par la suite. La lucidité de sa pensée juridique s'exerça sur plus d'un point délicat, soulevé par cette affirmation.

Non seulement il met sur pied d'égalité le traité et l'acte du Congrès, mais il déclare peu de temps après, qu'un acte du Congrès ne doit jamais être construit en violation du droit des gens, s'il reste la possibilité d'une autre construction.

Quelle modification des droits acquis entraîne l'expiration d'un traité, particulièrement dans un cas où une loi encore en vigueur a été passée pour régler les effets du traité, à l'époque où celui-ci fut conclu ? John Marshall résolut ces difficultés avec la finesse et la hardiesse qui firent sa réputation, et là encore, fixa le droit du pays.

Quelques circonstances concrètes permettront de mieux suivre sa doctrine. Un acte de la législation de Maryland, passé en 1780, dans le but de définir les privilèges des sujets français dans cet Etat, avait conféré à ceux-ci des droits divers, y compris celui de posséder la terre, à certaines conditions. Un procès fut entamé au sujet de cette loi, après l'abolition des traités conclus en 1778 entre la France et les Etats-Unis, et il fut soutenu que la loi passée à seule fin de mettre à exécution les droits conférés

par ces traités, était abolie tacitement par l'abolition de ces traités. La Cour suprême ne l'admit pas. « La substance de la loi est positive et en ses termes, perpétuelle. » Ses provisions ne dépendent pas du traité ; bien que l'état de choses particulier existant alors ait pu constituer le motif principal de la loi, celle-ci reste en vigueur, en ses termes, quel que soit le changement intervenu dans l'état de choses.

Un droit, une fois acquis, n'a pas besoin, pour se perpétuer, de l'existence parallèle du pouvoir qui l'a créé. La question est de savoir si ce traité temporaire a donné des droits qui existaient seulement pour huit ans, ou a donné pendant huit ans des droits qui lui ont survécu. Le doute n'est pas possible. L'effet total est immédiat. Le sujet français qui acquit des terres en sa qualité de descendant, le jour précédant l'expiration du traité, tient de celui-ci précisément les mêmes droits que celui qui les a acquis le lendemain de sa mise en vigueur. Le même droit de propriété lui est conféré, ainsi que le même pouvoir d'en disposer sa vie durant.

Une telle limitation du contrat entre les deux nations changerait toutes ses stipulations. La Cour est d'avis que le traité avait plein effet dès l'instant où un droit était acquis de par lui, qu'il n'avait rien de plus à faire, et que son expiration ou sa survie ultérieure n'était d'aucune importance (1).

1. Chirac vs Chirac. 2 Wheaton, p. 272.

La période dans laquelle vécut John Marshall fut une période très bouleversée pour l'Amérique, de même que pour l'Europe, et le corps de ses opinions de droit international traite de la guerre et des droits des neutres qui vont faire l'objet des prochaines sections.

SECTION III

Guerre

L'Etat de droit que crée la guerre, la guerre maritime, le blocus, sont des points sur lesquels le Grand-Juge a particulièrement insisté.

A. — ETAT DE GUERRE

Deux nations sont en désaccord. La Constitution des Etats-Unis a donné au Congrès le pouvoir d'autoriser le recours à la force. Ce recours peut ne pas constituer dès l'origine un état de guerre déclaré dans toute son étendue implacable. Le Congrès est maître de n'autoriser que des hostilités partielles auxquelles les lois de la guerre ne s'appliqueront que dans les limites de la situation. Ainsi, la guerre déclenchée en 1812 avait comme but principal et déclaré, la protection du commerce américain.

Les Etats-Unis n'en arrivèrent pas immédiatement à l'état de guerre généralisé. Les guerres franco-anglaises portaient un tort immense au commerce

américain. Les deux belligérants s'acharnaient l'un contre l'autre en violant accessoirement le droit des gens. Mais, et la remarque du Grand-Juge est très fine, le commandant du cuirassé français qui obéit aux décrets et lois lui dictant sa conduite en temps de guerre, parlera de ces règles de conduite comme étant les lois de la guerre.

Quel est le recours de la nation neutre à laquelle on porte préjudice ? La violation du droit des gens par une puissance ne saurait justifier sa violation par une autre. Elle doit faire des remontrances qui, s'il n'en est pas tenu compte, aboutissent à des hostilités limitées : tels furent le caractère des actes, non-intercourse, non-importation, embargo, qui tentèrent de protéger avec déploiement de la force, la flotte marchande et la navigation des Etats-Unis.

La guerre générale ne sera donc que l'ultime moyen de contrainte. Bacon en exaltait le but en ces termes : « Les guerres ne sont pas des massacres ni des désordres, mais la plus haute épreuve du droit, lorsque les princes et les Etats qui ne reconnaissent aucune autorité supérieure sur terre, s'en remettent à la justice de Dieu pour décider de leurs différends par le succès qu'Il accordera à l'un d'eux. »

De fait, les souverains agiront rarement avec cet idéalisme, et la guerre ne sera pas toujours la plus haute épreuve du droit. Les différends politiques ayant leur cause dans une violation d'intérêts seront la grande majorité. Le différend juridique pur né de la violation d'un droit, est moins fréquent parce

que les nations hésitent à prendre nettement une position illégale. A tel point qu'elles dissimuleront souvent leur intérêt pur et simple sous la revendication d'un droit prétendu qui servira de justification à une guerre agressive et intéressée.

La déclaration de guerre fait-elle que, de droit, choses et gens de nationalité ennemie deviennent la proie de l'adversaire partout où il peut les atteindre ? Jadis, c'était bien là le code de la guerre. Et le fossé n'est pas tellement grand avec cette opinion moderne du comte de Moltke : « Le plus grand bienfait dans la guerre, c'est qu'elle soit terminée promptement. Il doit être permis, en vue de ce but, d'user de tous les moyens, à l'exception de ceux qui sont positivement condamnables. »

La limite du condamnable est trop incertaine pour que cette restriction finale soit véritablement effective. Chacun reculera la limite. Pour Michel d'Amboise, « gaster, infester, intoxiquer et empoisonner les eaux des ennemis » n'était pas condamnable. De nos jours, des règles ont été édictées, que les peuples en guerre s'empressent de méconnaître. La personne de l'étranger ennemi est encore l'objet de mesures de contrainte, expulsion ou internement, auxquelles la pensée moderne, il est vrai, répugne de plus en plus. Ses biens sis dans le pays ennemi de sa patrie étaient confisqués du seul fait de la déclaration de guerre. Et la règle, modifiée aujourd'hui dans une certaine mesure, était universelle.

John Marshall s'élève contre cette interprétation.

« La déclaration de guerre, dit-il (1), a seulement pour effet de placer les deux nations dans un état d'hostilité... de leur donner ces droits que la guerre confère, mais non de produire, par sa propre force, aucun de ces résultats, comme le transfert de propriété, qui sont habituellement produits par des mesures ultérieures du gouvernement. »

Cette règle peut sembler incompatible avec l'idée que la guerre rend tout-puissant le pouvoir belligérant, et pourtant les nations modernes y son arrivées.

Le Grand-Juge demande instamment à son pays qui naît seulement à la vie internationale de ne pas s'en écarter et il fait appel à son intérêt : donner à la déclaration de guerre un effet qu'elle ne possède plus nulle part ailleurs serait paralyser l'exercice de l'entière discrétion vis-à-vis de la propriété ennemie qui permet au gouvernement d'appliquer à l'adversaire la règle dont il use à notre égard.

Là réside sans doute le véritable motif du revirement de l'attitude des gouvernements. Marshall préfère y voir une manifestation de modération et d'humanité. Elle peut d'ailleurs être renforcée par des conventions entre les nations, sinon elle est laissée à la sagesse du souverain, et n'est pas une règle établie, inflexible. C'est un guide qu'il suit ou abandonne à sa volonté, et, bien qu'il ne puisse impunément le méconnaître, il peut agir ainsi. Ce précepte de moralité n'est pas une immuable règle de droit, mais dépend de considérations politiques, qui peu-

1. *Brown vs U. S.* 8 Cranch, p. 124.

vent sans cesse varier. Il touche même beaucoup plus à la police générale de la nation qu'au droit. C'est la législature qui décidera de son application et non la Cour, au mieux des intérêts du pays, car les nations commerçantes, comme les Etats-Unis, ont toujours une quantité considérable de biens entre les mains de leurs voisins.

Le grand juge précise ce qu'il entend par « biens ». Nous seulement la propriété tangible existant dans le pays au début de la guerre, mais encore les créances doivent être exemptes de confiscation immédiate. « Entre les dettes contractées sous la foi des lois et la propriété acquise au cours du commerce sous la garantie des mêmes lois, la raison ne fait aucune distinction ». Et il cite la doctrine assez surprenante et intéressante de Bynkershoek, qui admettait fort bien qu'en temps de guerre, tout acte dirigé contre un ennemi fût légal, qu'il pût être détruit bien que sans armes et sans défense, que la fraude, le poison même, fussent employés contre lui, que le droit le plus illimité sur sa personne et sa propriété fût acquis, mais n'admettait pas que la guerre transférât au souverain une créance due à son ennemi parce que, dit-il, « l'occupation qui résulte de la guerre consiste plus en fait qu'en droit ».

Le Grand-Juge n'imposa d'ailleurs pas sa volonté sans résistance, et le juge associé Story, qui était l'autre lumière de la Cour Suprême, et le disciple respectueux de Marshall, maintint, en dissentiment avec l'opinion délivrée, que l'acte du Congrès déclara-

rant la guerre, donnait toute latitude de confiscation. Cette lutte a peut-être été cause d'une certaine timidité dans l'affirmation du principe dont le Grand-Juge veut doter son pays. Il déclare, après coup, que la guerre donne au souverain droit absolu de saisir les personnes et de confisquer la propriété de l'ennemi, en quelque lieu qu'elle soit et que les atténuations à cette règle rigide que la police sage et humaine des temps modernes a mise en pratique, si elles affectent plus ou moins l'exercice de ce droit, n'entament pas le droit lui-même. Il est curieux de lire un commentaire d'un juriste américain contemporain, au sujet de cette opinion du Grand-Juge : « La supposition que l'usage peut rendre illégal l'exercice d'un droit sans attaquer le droit lui-même, est en contradiction avec une théorie saine. Entre l'effet de l'usage sur un droit et sur l'exercice d'un droit, la loi ne tire pas de délimitation précise. Un droit dérivé de la coutume n'acquiert aucune immutabilité ou immunité du fait que les pratiques desquelles il est né étaient anciennes et barbares. » Cette critique n'est pas sans fondement, mais il faut lire dans la pensée du grand juge le fait qu'un droit cesse d'être exercé parce que le progrès de la civilisation s'y refuse, alors que le droit lui-même continue encore un certain temps à n'être pas mis en question.

« Le droit des gens, dit-il par ailleurs (1), doit être

1. The Anthelope, 10 Wheaton, p. 120.

éprouvé par l'usage. Ce qui a reçu l'assentiment de tous doit être la loi de tous. » Là est sa vraie pensée. D'ailleurs, vingt ans plus tard, il donne au principe de non-confiscation des biens privés, sa forme définitive (1), et proclame le droit du conquérant de confisquer la propriété privée, en violation avec « l'usage moderne des nations, qui est devenu loi ».

La même mentalité doit être appliquée à la discrimination du caractère ennemi d'une personne et de ses biens. Une trop grande hâte à les déclarer tels conduirait à des injustices flagrantes contre lesquelles le Grand-Juge s'élève dans l'affaire du navire *Vénus* (2). Un négociant américain domicilié en Angleterre lors de la déclaration de guerre, ne doit pas, par le seul fait de ce domicile, être traité par les Etats-Unis comme un ennemi. Quelle que soit la durée de son séjour en Angleterre, il ne pourra être considéré comme incorporé à sa population, que si, après la déclaration de guerre, il démontre son intention de rester attaché à cette contrée. La déclaration de guerre est un fait qui supprime les causes de sa résidence à l'étranger, s'il ne l'avait établie que pour des raisons purement commerciales. Les marchandises qu'il expédie à son pays d'origine avant qu'il n'ait connaissance de la déclaration de guerre ne sauraient donc revêtir un caractère ennemi que n'a pas leur propriétaire, et être légalement sai-

1. U. S. vs Percheman, 7 Peters, p. 51.

2. 8 Cranch, p. 253.

sies en cours de route ou à leur arrivée dans un port américain, après cette déclaration. Les exigences du commerce moderne ont eu une influence sensible sur le droit international en contrebalançant par des considérations de sens commun, les considérations politiques des gouvernements.

Le Grand-Juge dit cette parole de grande vérité : « Tous savent que les marchands, tandis qu'ils appartiennent politiquement à une société, sont considérés commercialement comme les membres d'une autre. » Les réalités des choses ne lui échappent jamais.

Ce ne fut pas seulement en temps de guerre, mais dans cet état de demi-hostilité qui la précéda au début du siècle, qu'il s'éleva contre la confiscation arbitraire, faite sous le couvert de tel décret. Le navire *Mary* était parti de Bristol en règle avec les instructions présidentielles d'août 1812, relatives à la non-importation. Il fut obligé de s'arrêter en Irlande pour des réparations, et repartit, après abrogation de ces instructions et l'aggravation des mesures d'hostilité entre les deux pays. Il fut saisi en Amérique, sous le prétexte des droits absolus de la guerre. Or, le *Mary* ne s'était arrêté à Waterford, que sous la poussée d'une nécessité dont il n'était pas maître. Fût-il parti d'un port neutre à l'origine, son arrêt forcé en pays ennemi ne lui eût pas fait courir les risques et les responsabilités des vaisseaux qui sortent des ports ennemis. Le voyage du *Mary* était donc aussi innocent, à son début, que s'il fût parti

d'une nation amie. Il n'avait pas besoin, pour le terminer, d'une licence du gouvernement américain. Ce qu'il était légal d'importer en Amérique lorsque le cargo a été mis à bord, n'était pas rendu illégal, par une détention occasionnée au cours du voyage, soit par les périls de la mer, soit par un acte de l'ennemi.

B. — GUERRE MARITIME

De l'état de droit que crée la déclaration de guerre, nous arrivons maintenant à la guerre maritime.

En quoi consiste-t-elle ? Chaque pays a une flotte de guerre qui est censée le protéger sur mer, de même que son armée le protège sur terre. De fait, lorsque l'état de guerre existe entre deux nations, il se manifestera rarement sur mer par le choc des flottes de guerre ennemies, alors que celui des armées est la conséquence immédiate et inévitable de cet état. Et pourtant ces flottes ne resteront pas inactives. Leur mission sera autre : paralyser le commerce de l'ennemi, en pourchassant ses navires marchands, assurer le blocus de certaines côtes, et vis-à-vis des neutres, empêcher le passage de la contrebande de guerre, qui se ferait par leur canal.

Il apparaît donc que sur mer, contrairement aux principes modernes du droit des gens, la guerre est faite aussi aux particuliers et non exclusivement aux Etats, comme sur terre. Exclusivement en droit, car ce serait en fait rendre impossible la guerre, si elle

devait être faite en dehors de toute lésion causée aux particuliers. Même en droit ce principe n'a pas toujours été admis de toutes les nations, et ce sont précisément les Etats-Unis qui se refusaient encore en 1846 à l'admettre sur un point. Le secrétaire d'Etat Mary disait qu'une armée envahissante avait sans aucun doute, le droit de tirer de l'ennemi des approvisionnements sans les payer, et de faire sentir à cet ennemi le poids de la guerre.

§ 1^{er}. — *Capture des vaisseaux*

La capture des vaisseaux marchands, si elle a été mise en question à différentes reprises, est encore universellement pratiquée, et l'était en tous cas d'une façon absolue à l'époque où Marshall fit de la Cour Suprême ce qu'elle est aujourd'hui. Alors que les navires d'Etat capturés par ceux d'une autre nation sont derechef la propriété du capteur, les bâtiments des particuliers ne le sont définitivement qu'après un procès, soutenu devant des tribunaux spéciaux, dans lequel le capteur est demandeur et doit prouver la validité de sa prise. C'est John Marshall, continué par Story, et plus tard Kent, qui a donné à l'Amérique son droit des prises.

Tout navire marchand ennemi était déclaré de bonne prise. Les difficultés résidaient donc dans la déclaration du caractère ennemi. C'est là que l'intégrité des tribunaux de prises devait s'exercer pour ne

pas donner ce caractère à toute prise effectuée par les unités nationales.

Le premier cas décidé par John Marshall en sa qualité de Grand-Juge, et qui est connu sous le nom de « the Amelia case » (1) décida d'un cas de capture particulièrement délicat, et énonça une règle de droit international de valeur permanente. Les Etats-Unis et la France étaient dans un état de demi-hostilité limitée à la guerre navale, et à l'application des lois de la guerre navale. Une corvette française : *la Diligente* captura un bâtiment marchand armé, *l'Amelia*, appartenant à un habitant de Hambourg. Les papiers de bord et tout l'équipage, officiers et matelots, furent transportés à bord de la corvette française, et un équipage français placé sur le navire capturé. Celui-ci fut dirigé sur Saint-Domingue, pour être adjugé au capteur par les tribunaux de prises. Mais en cours de route, une frégate américaine s'empara et l'envoya à New-York, pour qu'adjudication en fut faite. Quelle était la nationalité du vaisseau, partant, à qui devait-il être adjugé ? Le propriétaire originaire réclamait son bien, en sa qualité de neutre vis-à-vis des Etats-Unis. Le capitaine Talbot, commandant la frégate américaine, soutenait avoir légalement saisi ce bateau dont l'équipage et le commandement étaient français. Or, s'il n'existait pas à l'époque entre les Etats-Unis et la France de guerre formellement déclarée, des actes du Congrès

1. Talbot vs Seaman.

avaient autorisé la capture des vaisseaux marchands français par les navires de guerre américains, et décidé le paiement d'une prime aux capteurs.

La capture avait été opérée valablement par le capitaine Talbot. Mais, la réalité découvrait que le propriétaire originaire était un neutre par rapport aux Etats-Unis. Le Grand-Juge décida que le capitaine Talbot avait en réalité opéré le sauvetage du navire au profit de son propriétaire véritable qui devait lui donner la compensation traditionnelle.

Il refusa aux Etats-Unis le bénéfice de la capture. Et il fondait en droit le sauvetage opéré par Talbot de la façon suivante : un des décrets de la République française rendait extrêmement probable la condamnation de *l'Amelia* par les tribunaux français de Saint-Domingue, si celle-ci avait pu les atteindre. Ce décret, ayant été promulgué aux Etats-Unis, devait être considéré par les Cours américaines, comme une copie authentique d'une loi publique de France intéressant toutes les nations. L'hypothèse de la condamnation présentant donc toute probabilité, l'on pouvait dire qu'il y avait eu délivrance de *l'Amelia* par la frégate américaine.

L'affaire du « Schooner Exchange » présente un cas de loyauté juridique encore plus remarquable.

Napoléon avait, par le décret de Rambouillet de mars 1810 lancé en réponse au Non-Intercourse Act de 1809, ordonné la saisie et la vente de tous les navires américains pénétrant dans les ports français. Le vaisseau *Exchange* possédé par des citoyens de

Maryland, fut saisi sous l'empire de ce décret, et transformé en un navire de guerre national, commandé et manœuvré par des Français. A la suite d'avaries causées par une tempête, le cuirassé pénétra dans le port de Philadelphie. Les propriétaires originaires du bâtiment revendiquèrent leurs droits prétendus, alléguant la capture illégale.

C'était l'époque où la guerre entre la France et la Grande-Bretagne faisait rage, et, comme nous l'avons dit plus haut, ni l'une ni l'autre ne souffraient que les droits des nations neutres viennent apporter des entraves à leur lutte.

C'est ainsi que les Etats-Unis, ayant eu à souffrir par incidence de mauvais procédés de la France, comme d'ailleurs de l'autre belligérant, s'étaient résolus à y répondre, mais uniquement dans la mesure de la sauvegarde de leur commerce et de leur flotte marchande. Si les actes hostiles se poursuivaient entre les deux nations, il n'y avait cependant pas de guerre déclarée, et il ne devait jamais y en avoir, alors que ce même état aboutit, avec l'Angleterre, au conflit général en 1812. Le Grand-Juge estima que les deux puissances souveraines n'étaient pas dressées l'une contre l'autre. Il vit dans le navire de guerre officiel une partie du pouvoir souverain de la France, et en usa à son égard selon la règle qu'il édicta pour le temps de paix. « Le navire devait être considéré comme ayant pénétré sur le territoire des Etats-Unis, sous la promesse tacite que durant son séjour forcé et tant qu'il se conduirait de manière

amicale, il serait exempt de la juridiction du pays. »

Quel critérium général permettra de fixer le caractère ennemi du navire et de la cargaison ?

Le Grand-Juge s'est nettement ici inspiré des principes anglais, et Lord Stowell (Sir William Scott) qu'il critique sévèrement par ailleurs, semble avoir donné la définition même du principe que Marshall fait adopter aux Etats-Unis. « Ce caractère qui est acquis par la résidence cesse par la résidence. C'est un caractère adventice qui n'adhère plus à la personne dès le moment où elle se met en route de bonne foi, pour quitter le pays *sine animo revertendi*. »

Il n'est donc pas question de la nationalité du propriétaire, mais uniquement de son domicile réel. La continuation du domicile est d'ailleurs de première importance dans la détermination du caractère ennemi. Le marchand domicilié en pays neutre lors d'une capture, et qui après la capture quitte ce pays neutre pour se rendre dans son pays natal, ne verra pas son caractère originaire lui revenir de ce seul fait. Ayant laissé son établissement commercial sis en pays neutre, sous la direction de ses commis durant son absence, et son séjour hors du pays neutre n'ayant que des mobiles commerciaux, son intention de retourner dans sa contrée adoptive est manifeste, et son domicile neutre n'est pas interrompu (1).

D'autre part, un citoyen américain résidant en

1. The *Friendschaft*, 3 Wheaton, p. 14.

pays étranger, acquiert les privilèges commerciaux attachés à ce domicile, et, se faisant sujet du pouvoir étranger, se place hors de la protection des Etats-Unis tant qu'il réside sur le territoire du souverain auquel il a juré allégeance.

Le domicile primera même la nature du commerce exercé, lorsque celle-ci crée une difficulté dans la détermination du caractère ennemi du marchand. Un sujet espagnol faisant négoce aux Etats-Unis en temps de paix, et continuant ce négoce après la déclaration de guerre entre l'Espagne et la Grande-Bretagne, doit être considéré comme marchand américain, de par la loi du domicile ; quand bien même le commerce où il est engagé ne peut être continué que par un sujet espagnol. Son caractère neutre ne dépendra pas de la nature du négoce mais du domicile (1).

Il est une autre série de cas où la capture d'un vaisseau marchand sera légitime. John Marshall, secrétaire d'Etat, la mentionnait déjà. Lorsqu'un navire marchand d'une nation en paix avec une autre aura violé la loi établie du consentement commun du monde civilisé, ou une convention particulière établie entre les deux gouvernements, ou encore aura commis une infraction aux règles qui gouvernent la conduite respective des belligérants et des neutres, ce navire pourra valablement être adjugé comme prise.

1. *Livingston vs Maryland Insurance Co.* 7 Cranch, p. 506.

Il ne devra pas résister à une visite légitime d'un navire de guerre ni essayer de pénétrer dans un port bloqué, sous peine de s'exposer malgré son caractère indiscutablement neutre, à être adjugé comme propriété ennemie.

Il est même un cas (1) où, si le navire n'est en défaut sur aucun autre point, il s'exposera à cette grave conséquence : s'il commence les hostilités contre le navire belligérant. Lorsqu'un vaisseau navigue en eau neutre, il doit s'abstenir de tout acte hostile, à moins de force majeure, lorsque sa sécurité est directement menacée. Le navire belligérant a un titre égal à la protection neutre, et grief ne peut lui être fait d'avoir approché de la côte sans dévoiler sa nationalité. C'était une violation de la neutralité que le navire capturé était tenu d'observer, que de commencer les hostilités pour quelque raison que ce fût, car en ce lieu, nul vaisseau n'avait de comptes à lui rendre sur sa conduite ou sa nationalité, ni à se soumettre à son inspection. L'agression dont il se rendit coupable lui fit perdre la protection neutre et la capture qu'opéra le navire attaqué n'était pas un préjudice auquel le souverain neutre pût porter remède.

Les tribunaux de prises ne condamneront donc que les vaisseaux de nationalité ennemie ou ceux qui ont perdu par leur faute leur inviolabilité. Mais quelle sera la responsabilité du commandant du

1. The Ann, 3 Wheaton, p. 435.

navire de guerre qui aura saisi à tort la propriété d'un autre ? Si la capture a été faite en toute probabilité de cause, et que le commandant ait procédé régulièrement par la suite, il n'est pas coupable d'un acte préjudiciable. Le jugement du tribunal ordonnera simplement la restauration (1). Mais si la capture a été faite en haute mer, sans cause probable, le commandant sera contraint à la restitution avec dommages-intérêts. Dans le cas (2) où le navire capturé lui aurait été repris par une force supérieure, le propriétaire du vaisseau n'est pas obligé d'avoir recours à celle-ci, mais peut tenir le capteur originaire comme responsable de la perte entière.

Quelle sera la portée et l'obligation des décisions des tribunaux de prises ? Les décisions d'une Cour de juridiction exclusive sont nécessairement obligatoires pour toutes les autres Cours, puisque la matière qui en est l'objet ne peut être examinée par elles. D'ailleurs son autorité n'a pas de raison de s'étendre au delà de celle des tribunaux de droit commun et d'équité. Elle ne doit lier que les parties et ceux qui dérivent leurs droits des parties. Telle est l'opinion du Grand-Juge (3). Or, le monde entier, est-il allégué, est partie à une cause d'amirauté ; par conséquent, le monde entier est lié par la décision. La raison sur laquelle est fondée cette allégation en déterminera l'étendue. Toute personne peut se cons-

1. Jennings vs Carson, 4 Cranch, p. 29.

2. Maley vs Shattuck, 3 Cranch, p. 458.

3. The Mary, 9 Cranch, p. 143.

tituer partie au procès et appeler de la décision ; mais notification de la contestation est nécessaire pour devenir partie. C'est un principe de justice naturelle et d'universelle obligation que, devant que les droits d'un individu soient fixés par une décision judiciaire, il ait notification soit formelle, soit tacite, du procès engagé contre lui. Lorsqu'il est dirigé contre la personne elle-même, la notification le touchera personnellement ou par voie de publication ; lorsqu'il est dirigé *in rem*, la notification aura lieu sur la chose elle-même.

Toutes les personnes susceptibles de faire valoir un droit dans le litige, et elles uniquement, seront considérées comme ayant connaissance de la saisie du navire, et parties à l'instance.

§ 2. — *La course*

La guerre maritime du temps de Marshall n'était pas faite exclusivement par les unités nationales des belligérants. Il était même des pays où celles-ci étant à peu près inexistantes, la guerre maritime était menée principalement et non plus seulement à titre accessoire, par des unités privées au service du gouvernement.

Dans l'affaire de la « Santissima Trinidad » (1), le Grand-Juge définit leur caractère de façon à éloigner

1. I Brockenbrough.

toute assimilation vague avec celui des pirates et ce, par une assimilation absolue sur certains points, avec les navires de guerre de la marine officielle. « Les navires de guerre et les navires de course font tous deux croisières selon une commission de leur souverain, et tous deux capturent sous l'autorité de cette commission... Dans les deux cas, le croiseur est un simple instrument de guerre employé par son souverain, et l'intérêt particulier que l'agent peut avoir dans la chose conquise dépend des réglementations municipales. Les tribunaux du capteur distribueront, dans les deux cas, les effets suivant ces réglementations. Mais les tribunaux étrangers considéreront la propriété comme celle du souverain, et la possession du capteur comme la possession du souverain. Dans les deux cas donc, le tribunal étranger qui décrète au sujet de la prise, agit sur un objet de propriété en la possession d'un souverain étranger, et acquis par son agent autorisé ».

Il estime même que le corsaire reçoit de sa commission un droit de commandement du navire équivalent à celui que donne une commission générale dans la marine d'Etat. Ses instructions l'autorisent aux actes hostiles que dirige l'officier : attaquer et capturer les unités ennemies.

Il admet la validité d'une commission issue en temps de paix, pourvu que l'état de guerre existe au moment de la capture.

Les chefs corsaires recevant commission d'un gouvernement ne sont pas toujours des nationaux :

Qu'arrive-t-il si le pays d'origine du corsaire est neutre dans la guerre où celui-ci prend une part active ? La neutralité du pays sera-t-elle violée ? D'aucuns répondaient affirmativement à l'époque. Marshall fait une distinction. Il y aura violation de la neutralité si le gouvernement permet l'armement sur son territoire d'un navire de guerre destiné à une nation belligérante. Mais l'homme peut louer ses services. Toutefois, il existe fréquemment des traités par lesquels deux nations s'engagent à considérer comme pirates ceux de leurs nationaux qui serviraient l'ennemi dans ces conditions, lors d'une guerre où l'une d'elles serait neutre. Marshall déploie ici toute sa pénétration et sa libéralité. Qu'un tel corsaire soit considéré et poursuivi comme pirate par les deux nations contractantes, il n'en est pas moins certain que le reste du monde ne lui donnera pas ce caractère. Le souverain qui lui a accordé une commission avait le droit de le faire, et les captures qui en résultèrent étaient considérées comme valides par toutes les nations étrangères. Elles sont sa propriété acquise par lui-même. Si les lois du pays d'origine du corsaire l'autorisent, le corsaire lui-même, l'instrument, peut être puni personnellement, mais ceci n'autorise à aucun degré la saisie de la propriété d'un souverain belligérant, conquise *jure belli*.

§ 3. — *La piraterie*

La capture des vaisseaux par la flotte de guerre du gouvernement et par les corsaires, était donc, quels que fussent les abus auxquels l'un et l'autre instruments se sont livrés, deux modes légaux d'attaquer l'adversaire.

La haute mer a longtemps été le théâtre d'un autre mode de capture, celle-là hors les lois de la guerre, la capture à laquelle se livraient les pirates. Ils étaient encore assez nombreux à l'époque où vivait le Grand-Juge, pour préoccuper les gouvernements et causer leur entente dans un but de protection mutuelle.

Le pirate était universellement appelé l'ennemi du genre humain. De bonne heure, les marines militaires des nations eurent la mission générale de les poursuivre et les châtier quel que fût le lieu où ils se trouvaient, et le pavillon qu'il leur plaisait d'arborer.

Le Grand-Juge, bien qu'il fit preuve de la dernière sévérité vis-à-vis des pirates, n'adopta pas d'emblée l'usage international déjà développé et dans un cas fameux, Etats-Unis contre Palmer (1) n'admit pas, après force hésitations, la correction juridique du châtimement.

Son argumentation repose d'ailleurs essentielle-

1. 3 Wheaton, p. 610.

ment sur la forme d'un acte passé en 1790 « pour punir certains crimes commis contre les Etats-Unis ». Cet acte autorise-t-il les tribunaux de l'Union à infliger des châtimens à ceux qui ne sont pas citoyens des Etats-Unis, ne naviguent pas sous leur pavillon et ne les offensent pas directement ?

Les termes de la section VIII de l'acte, dit le Grand-Juge, semblent susceptibles d'extension illimitée. Les mots « toute personne » sont assez vastes pour comprendre tout être humain. Mais les termes généraux ne doivent pas seulement être limités aux cas tombant sous la juridiction de l'Etat, mais aussi aux objets auxquels la législature avait l'intention de les appliquer. Avait-elle l'intention de les appliquer aux sujets d'un pouvoir étranger qui, sur un bateau étranger, commettent meurtre ou brigandage en haute-mer ? Le titre d'un acte ne peut pas faire autorité sur sa substance, mais il peut fournir une aide, en montrant ce qui était dans l'esprit de la législature. Il semblerait que les offenses contre les Etats-Unis et non pas contre la race humaine, étaient celles que la législature voulait punir par cette loi.

En effet, le second alinéa commence par ces mots : « Si tout capitaine ou tout matelot d'un navire quel qu'il soit, s'empare en pirate d'un bâtiment ou de marchandises d'une valeur de cinquante dollars, ou abandonne volontairement ce bâtiment à un pirate... » Les mots « tout capitaine ou matelot » peuvent aussi bien comprendre tous les capitaines et tous les marins du monde, que les mots « toute

personne » peuvent comprendre la race humaine entière.

Cependant, il est difficile d'admettre que la législature ait voulu punir le capitaine ou le marin d'un navire étranger qui s'enfuirait avec ce vaisseau, en disposerait dans un port étranger, ou volerait des marchandises d'une valeur de 50 dollars, ou abandonnerait à un pirate le vaisseau qu'il aurait dû défendre.

Le troisième alinéa débute encore par : « Tout marin. » Mais on ne peut pas supposer que la législature voulait punir un marin qui, à bord d'un vaisseau naviguant sous pavillon étranger, sous la juridiction d'un gouvernement étranger, lèverait une main criminelle sur son commandant, ou provoquerait une révolte à bord. Il y a bien là offenses contre la nation sous le pavillon de laquelle navigue le vaisseau et sous la juridiction particulière de laquelle, tous à bord se trouvent.

C'est donc en fournissant un argument de texte, et raisonnant par analogie avec des cas juxtaposés qui, visiblement, ne sauraient être susceptibles de juridiction universelle et commune de la part des puissances du globe, que John Marshall refuse en 1818 le châtement indiscriminé des pirates.

En 1819, à l'occasion du procès des Etats-Unis contre Klintock (1) il revient sur sa décision. On sentait qu'il s'était arrêté à la première formule sans

satisfaction. Après avoir considéré à nouveau le sujet, il arrive à une décision mûrie, cette fois irrévocable. La piraterie, ou le meurtre, ou le vol commis en haute mer par des individus à bord d'un vaisseau n'appartenant pas à l'époque aux sujets d'une puissance étrangère, mais dirigé par un équipage agissant en défi de toutes les lois, et ne reconnaissant devoir l'obéissance à aucun gouvernement, est englobée dans l'intention véritable de la loi et punissable devant les Cours des Etats-Unis.

« Les personnes de cette description sont l'objet propre du Code pénal de toutes les nations ; et nous pensons que les termes généraux de l'acte du Congrès s'appliquant à toutes les personnes quelles qu'elles soient, bien qu'ils ne doivent pas être interprétés comme s'étendant aux personnes sous l'autorité reconnue d'un Etat étranger, doivent l'être comme comprenant ceux qui ne reconnaissent l'autorité d'aucun Etat... et qui, du consentement commun, sont également soumis au droit des gens. »

La piraterie sera parfois très délicate à établir. Lorsque les sujets révoltés de Floride ont nommé Aury généralissime des Florides, province alors en la possession de l'Espagne, et l'on reconnu brigadier général de la République mexicaine, les Etats-Unis ne reconnaissaient pas l'existence de cette République. Les commissions délivrées par Aury à des corsaires, n'étaient pas valides au regard des Etats-Unis. Mais le corsaire lui-même agissant de bonne foi sous l'autorité de cette commission devait-il être

déclaré pirate, et comme tel, tomber sous le coup de la loi pénale de toutes les nations ?

La Commission en elle-même, déclare Marshall, ne saurait être une justification suffisante. Ce qui sera recherché en pareil cas, sera la manière d'ensemble dont l'affaire a été conduite, et dans le cas présent (U. S. vs Klinton) il apparaît que le Nordberg n'a pas été capturé *jure belli*, mais saisi et amené à Savannali *animo furandi*. Ce n'était pas une capture de belligérant, mais un vol en haute mer.

Remarquons, d'autre part, que John Marshall assimilait à la piraterie proprement dite d'autres crimes, tels que le meurtre commis sur mer. Les Etats-Unis ont abondé dans ce sens, et traitent aujourd'hui comme la piraterie toute infraction commise sur mer qui serait passible sur terre de la peine de mort. Cette extension n'est pas adoptée par la France. Elle n'a de valeur que pour les Etats qui ont conçu ainsi leur législation ou ceux qui ont passé des conventions à cet effet. L'intérêt pratique peut être grand à un moment donné, mais il ne semble pas que le principe ait un fondement sérieux et doive prendre une autorité générale en droit des gens.

C. — BLOCUS

A cette série de questions qu'entraîne la guerre maritime, succède, en troisième lieu, l'examen d'une

mesure d'autorité à laquelle les belligérants ont souvent recours : le blocus.

L'Angleterre, plus que toute autre nation, s'en servit au cours de ses luttes séculaires avec le continent. Elle en fit une arme particulièrement effective, car, sous le couvert de cette mesure d'interdiction elle se livrait à la capture la plus arbitraire des vaisseaux et des biens des autres nations.

C'est elle qui, pour donner une apparence de légitimité à ses pratiques, institua le droit de prévention qui lui permettait de se saisir de tout navire faisant voile à quelque distance que ce fût, vers un port bloqué. Lorsque l'injustice de ce pseudo-droit eut révolté la conscience internationale, elle y substitua la théorie du voyage continu. Par elle, tout navire faisant voile vers un port libre, mais soupçonné de faire parvenir finalement sa cargaison à la ville bloquée, était saisi par l'escadre belligérante.

Naturellement, elle n'était pas partisan du blocus effectif, qui eût restreint l'efficacité de sa chasse. John Marshall se heurta à ces pratiques sans scrupule de la marine anglaise, et ne craignit pas d'aborder les directives tendancieuses du droit maritime anglais dans ce domaine. C'est comme secrétaire d'Etat, trois mois avant d'entrer à la Cour Suprême, qu'il se fit le champion de l'effectivité du blocus, dans les instructions qu'il envoyait au ministre américain près le gouvernement anglais, Mr. King (1).

1. American State Papers. II Foreign Relations, 20 septembre 1800, p. 488.

Il reprend la définition d'Halleck : un siège est l'investissement militaire d'une place, de telle sorte que toutes communications entre les occupants et les personnes au-delà de l'armée assiégeante, sont interceptées ou rendues dangereuses. La place est dite bloquée quand les communications par mer sont entièrement coupées ou rendues dangereuses par la présence d'une escadre. Une place peut être à la fois assiégée et bloquée en même temps, ou bien ses communications par mer peuvent être interceptées, tandis que la voie de terre reste ouverte et vice versa.

John Marshall est si méfiant à l'égard des belligérants qu'il conteste avant de l'accepter tout droit que ceux-ci proclament dogmatiquement, parce qu'il n'est souvent que l'expression déguisée d'une pratique de lucre, et non celle de la justice ou de la stricte nécessité. Et il met en question la légitimité de la confiscation des vaisseaux se dirigeant vers un port bloqué, lorsque ce dernier n'est pas en même temps investi par terre. Le raisonnement sur lequel est fondé le droit d'intercepter les approvisionnements de toute sorte destinés à une ville bloquée et investie, ne saurait être étendu à des villes simplement bloquées sans un empiétement injustifiable du droit des neutres. Mais John Marshall ne compte pas insister sur ce point qui a reçu de la pratique une sorte de consécration, il fait seulement ses réserves. Sa protestation absolue porte sur le fait que des ports non effectivement bloqués par une force capable de

les investir complètement, ont cependant été déclarés en état de blocus, et des vaisseaux essayant d'y pénétrer, ont été saisis et confisqués.

C'est un procédé vexatoire qui procède directement du gouvernement, et qui, si l'on n'y résiste pas, peut être étendu à un point très préjudiciable. Les marchands américains s'en sont grandement plaints au sujet de Cadix et des ports de Hollande.

« Si l'effectivité du blocus n'est pas imposée, chaque port de tous les pouvoirs belligérants peut, à tout moment, être déclaré en cet état, et le commerce des neutres être par là même sujet à universelle capture. » La perte occasionnée au commerce neutre sera évidemment légère en comparaison si la capacité de blocus est limitée à la force navale des belligérants.

N'y aura-t-il aucun tempérament à cette règle absolue de l'effectivité du blocus que veut imposer Marshall ?

L'Angleterre maintient que l'absence momentanée d'une flotte près le port bloqué ne change pas l'état de ce port.

Cet argument ne saurait avoir une force quelconque aux yeux de Marshall, que si l'absence est occasionnée par un accident ou une tempête chassant momentanément la flotte loin de son lieu de stationnement, qu'elle reprend dès la cessation de la cause.

Mais lorsque la flotte est utilisée à d'autres objets pendant un certain temps, le commerce doit être

libre pendant ce temps. L'interdiction et le préjudice qui en résultent doivent être seulement coextensifs à la force navale du belligérant.

Au cours de sa présidence, le Grand-Juge précisa les points de détail de la question. Un délai de grâce doit être accordé aux navires neutres se trouvant dans le port objet du blocus, lors de sa déclaration. Ils peuvent sortir sans être arrêtés par l'escadre, et leur cargo doit être respecté (1).

D'autre part, il ne saurait y avoir violation du blocus que lorsqu'il y a connaissance de son institution. Le fait seul de se diriger vers le port bloqué ne saurait donc constituer à lui seul une offense à la puissance belligérante. La persistance dans l'intention de pénétrer dans le port après avertissement des unités bloquantes, fournit seulement à celles-ci une raison d'agir par la force. C'est la vieille règle de Vattel sur laquelle Marshall se repose : le droit de traiter un vaisseau en ennemi est fondé sur la tentative faite pour entrer dans le port, et il est certain que cette tentative doit être faite par une personne au courant des événements.

Mais le Grand-Juge exige qu'il n'y ait aucun doute sur l'intention du vaisseau. Persister dans une intention n'est pas une tentative d'entrer. Il faut une preuve plus tangible de cette tentative pour qu'il y ait violation et que la force bloquante agisse légalement.

1. *Olivera vs Union Insurance Co*, 3 Wheaton, p. 194.

Suivant les circonstances, le fait de rôder à faible distance du port, comme épiant le moment opportun d'y pénétrer, ou le seul fait de ne pas faire voile immédiatement pour un autre port, ou encore des déclarations nettes et répétées de la résolution de violer le blocus, peuvent constituer après avertissement, une preuve suffisante de la tentative de violation.

SECTION IV

Neutralité

Lorsque le Grand-Juge approfondit et précise ainsi l'exercice de la souveraineté des nations en guerre, il a toujours présente à l'esprit la limite inviolable de la souveraineté des nations en paix. Limite inviolable théoriquement et qu'il s'applique avec la dernière énergie à faire respecter des belligérants qui, dans l'acharnement de la lutte, empiètent sans cesse sur elle et prétendent légitimer leurs empiètements.

§ 1^{er}. — *Propriété neutre en mer*

Dans la guerre terrestre où la propriété privée ennemie est en principe respectée, celle des neutres ne saurait être inquiétée et de fait ne l'est pas. C'est dans la guerre maritime où le belligérant a seulement le butin en vue, qu'il le décore ou non du terme

légal de « prise », que la propriété privée neutre a subi très longtemps des attaques auxquelles la nation neutre ne réussissait pas à remédier.

A la fin du xviii^e siècle et au début du xix^e, l'inviolabilité de la propriété privée neutre en mer était généralement méconnue lorsque celle-ci se trouvait sur un navire ennemi. Il existait bien quelques conventions particulières entre différentes nations, mais celles-ci n'avaient qu'un effet très restreint.

Les Etats-Unis et la France, par exemple, avaient adopté dans leurs rapports le principe de la nationalité du pavillon : le pavillon neutre couvre la marchandise ennemie, sauf la contrebande de guerre. Mais cette concession aux droits de la nation neutre était immédiatement compensée par la seconde partie du principe : le pavillon ennemi communique son caractère à la marchandise neutre. Une telle convention, si peu libérale pourtant, n'était pas fréquente. Il n'en existait pas entre les Etats Unis et la Grande-Bretagne. Celle-ci s'était au cours de ses guerres, et notamment lors de la Convention de 1689, rendue odieuse à tous les neutres dont elle saisissait en masse, navires et marchandises, quelles que soient les circonstances. Catherine II forma autour de la Russie en 1780 la Ligue des Neutres qui adopta le principe du traité franco-américain sus-mentionné. Cette ligue armée avec le Danemark et la Suède fermait la Baltique aux navires des belligérants. La France adhéra formellement à la Ligue. L'Angleterre se déroba et recommença ses iniquités. Les neutres

voulurent alors former une seconde ligue plus efficace. Mais l'Angleterre en pleine paix ordonne à ses navires de passer le Sund. La flotte danoise est détruite, Copenhague bombardé et pris. Le lendemain, le tsar Paul I^{er} est assassiné et son successeur signe avec l'Angleterre le traité qui lui livrait pratiquement les détroits. La situation était donc orageuse et la conscience des nations révoltée contre l'Angleterre, lorsque John Marshall donna aux Etats-Unis, dans l'affaire du navire *Nereid* (1) la position qui devait être consacrée internationalement en 1856, au sujet de la propriété privée neutre trouvée sur navire ennemi.

Un négociant espagnol de Buenos-Ayres avait chargé le *Nereid* navire marchand anglais fortement armé, de transporter de Londres à Buenos-Ayres, une cargaison appartenant en partie à lui-même, en partie à d'autres sujets espagnols, en partie à des sujets britanniques. Le navire partit sous la protection d'un convoyeur britannique. Aux environs de Madère, le *Nereid* fut capturé, après une lutte, par un vaisseau américain qui l'amena devant la Cour des prises de New-York. La cargaison entière fut condamnée et attribuée aux capteurs. Les propriétaires espagnols en appelèrent à la Cour Suprême. Ils existait alors entre l'Espagne et les Etats-Unis, un traité stipulant seulement que le pavillon neutre couvrait la marchandise ennemie.

1. 9 Cranch, p. 418.

Les capteurs soutinrent que la seconde proposition (rencontrée dans le traité franco-américain) à savoir que le navire ennemi communiquait à la marchandise neutre son caractère hostile, était nécessairement comprise dans la première. John Marshall repousse cette interprétation. La convention aux termes de laquelle le navire neutre couvre la marchandise ennemie est une concession faite par le belligérant au neutre. Comme telle, elle doit être encouragée puisqu'elle élargit le commerce neutre et donne au pavillon neutre un pouvoir qui ne lui est pas accordé par le droit des gens.

Au contraire, la stipulation de la communication du caractère hostile du navire à la marchandise neutre, est une concession du neutre au belligérant. Elle ne saurait être sous-entendue puisqu'elle rétrécit la sphère du commerce neutre, et lui enlève un privilège qu'il possède d'après le droit des gens. Les traités sont passés après une délibération réfléchie. S'ils ne désignent pas explicitement que tel point particulier doit être modifié dans la règle ancienne, ce point reste acquis comme avant le traité. Quelle était la règle ancienne du droit des gens ? La propriété ennemie sur navire ami est de bonne prise. La propriété amie sur navire ennemi doit être restituée.

La raison en était dans cet axiome simpliste : la guerre confère plein droit de s'emparer des biens de l'ennemi, et ne confère aucun droit de saisir ceux d'un ami. C'est le système du consulat de la mer, par lequel la nature de la cargaison ne dépend

aucunement du navire qui la transporte. John Marshall en fait la règle immémoriale, passant sous silence le système de l'infection hostile qui la remplaça au xvi^e siècle, et il proclame qu'en l'absence de tout traité, la marchandise neutre est libre sous pavillon ennemi, car la propriété d'un ami demeure sa propriété en quelque lieu qu'elle se trouve.

Le fait que le navire fût armé et se battit pour résister à la capture ne modifie en rien le principe posé, lorsque les propriétaires de la cargaison n'ont aucunement participé à l'équipement armé ou à la conduite belligérante du navire transporteur.

De même que la propriété d'une nation armée doit rester hors de l'atteinte des belligérants, son activité commerciale doit être le moins possible entravée. John Marshall admet la validité du transfert, à titre onéreux, de navires ennemis à des neutres pendant la guerre (1). « Un acte de Congrès ne doit jamais recevoir une interprétation qui viole le droit des gens, tant qu'une autre reste possible ; par conséquent, il ne doit pas être construit de telle sorte qu'il viole les droits des neutres, ou affecte leur commerce au delà de ce qui est garanti par le droit des gens, tel qu'il est compris dans ce pays. »

La donation d'un vaisseau faite en haute mer par un capteur à un neutre est possible, dit Marshall, mais le caractère neutre ne s'étend pas immédiatement au navire donné dans ces conditions. Il peut

1. Murray vs Charming Betsy, 2 Cranch, p. 118.

être validement repris par un belligérant, et le donataire qui amène le navire dans un port de son pays d'origine doit être considéré comme ayant sauvé le bateau (1).

§ 11. — *Manquements à la neutralité*

Cette activité commerciale des neutres rencontrera cependant des frontières qu'elle ne pourra dépasser sans être inquiétée légalement par les belligérants. Au début du xix^e siècle, il y avait transgression lorsque la marchandise ennemie était trouvée sur navire neutre, lorsque celui-ci transportait de la contrebande de guerre ou assistait l'un des belligérants d'une manière qui était incompatible avec l'observation stricte de sa neutralité.

Sur le premier point John Marshall s'explique longuement dans le Mémorial à Talleyrand, rédigé lors de sa mission diplomatique en France.

Il adopte le principe de Vattel que les effets d'un ennemi trouvés à bord d'un navire neutre sont saisissables de par les droits de la guerre.

Quel est le fondement de ce principe ? La règle générale de la confiscation des biens de l'ennemi en temps de guerre est peut-être la plus universellement appliquée par les nations, et admise des juristes, bien que l'humanité puisse avoir à le déplorer, pense Marshall. Ce droit peut donc s'exercer sur les biens

1. *The Astrea*, 1 Wheaton, p. 125.

de l'ennemi en quelque lieu qu'ils soient, à moins qu'un droit supérieur ne s'y oppose. Il cédera en effet, du consentement commun, devant le droit supérieur d'une nation neutre, de protéger, par la vertu de sa souveraineté, les biens de chacun des belligérants situés dans les limites de sa juridiction. Or, ce droit de protection ne saurait être communiqué aux vaisseaux neutres naviguant en haute mer, car l'océan étant commun à toutes les nations, aucun droit de souveraineté ne peut être acquis par l'une d'elles. Il s'ensuit que le droit supérieur de souveraineté absolue, qui consiste à protéger tout bien situé sur son propre territoire, cesse d'être supérieur quand ce bien n'est plus dans les limites de ce territoire, et peut être arrêté par le droit reconnu au belligérant de saisir la propriété ennemie. Ce droit est aussi complet que le droit de saisir la contrebande de guerre, là où il n'existe aucune convention particulière.

Mais, et ceci nous intéresse particulièrement, Marshall insiste sur l'intérêt qu'il y aurait à changer ce principe que, d'autre part, il reconnaît être la loi actuelle. « Le désir d'établir universellement le principe que le navire neutre couvre la marchandise ennemie, n'est peut-être ressenti par aucune nation sur terre aussi fortement que par les Etats-Unis. Aucune nation n'est plus profondément intéressée à son établissement. C'est un sujet qu'elle ne perd pas de vue... »

Il n'oubliera pas de le rappeler au cours de sa car-

rière. Notons que le Grand-Juge assimile à la marchandise ennemie le produit du sol ennemi, quel qu'en soit le propriétaire. Il suit en cela l'Angleterre en la personne de son grand théoricien de droit maritime, Sir William Scott, par ailleurs très attaqué. « La possession du sol, dit Sir William Scott, imprime sur le propriétaire le caractère du pays en ce qui concerne le produit de la plantation dans son transport vers un autre pays, quelle que soit la résidence du propriétaire. » Le Grand-Juge se range à cette opinion, en prenant soin de la fonder juridiquement, sans en être pour cela, partisan très chaleureux. Il reconnaît qu'elle est très répandue et n'est pas déraisonnable.

« La propriété personnelle peut suivre partout le propriétaire et son caractère dépendre, sur mer, du domicile de son propriétaire. Mais la terre est fixe. Quelle que soit la résidence du propriétaire, cette terre est hostile ou amie suivant la condition de la contrée où elle est sise. Il n'y a donc pas perversion extraordinaire de principe... à dire que le propriétaire, en ce qui concerne les intérêts de sa terre, partage son caractère » (1).

Cette opinion n'est d'ailleurs pas en contradiction réelle avec les sentiments que Marshall diplomate exposait à Talleyrand en 1799. Laissant en proie au belligérant la contrebande de guerre, il estimait que couper toute relation entre les neutres et un ennemi,

1. *Thirty Hogsheads of Sugar vs Boyle*, 9 Cranch, p. 191.

déclarer que tout article provenant des possessions ennemies, quel qu'en puisse être le propriétaire fera par sa présence condamner vaisseau et cargaison, équivalant à exercer sur la conduite des neutres un contrôle que la guerre ne peut jamais donner, et qui est incompatible au même degré avec leur dignité et leur prospérité.

Seize ans plus tard, la concession que fait Marshall n'est qu'apparente. Car il s'élevait en 1799 contre l'arbitraire illimité et l'extension d'une mesure dont il prend soin de restreindre l'application aux produits de la propriété terrienne.

Le droit des belligérants vis-à-vis de la propriété ennemie ne s'exercera pas d'une façon agressive à l'égard du navire neutre transporteur de marchandise ennemie d'un usage ordinaire. Il y aura arrêt dans le transport et confiscation de la marchandise, mais point de pénalité pour activité illicite à l'égard du navire neutre, qui aura droit au frêt comme s'il avait transporté une marchandise neutre. Là, où il y aura pénalité, c'est-à-dire confiscation de la cargaison, ou même du navire neutre, c'est lorsque le sujet neutre aura accompli un acte hostile sous forme de transport de contrebande de guerre ou de services rendus dans un but militaire à l'un des belligérants.

L'acte hostile, remarque d'ailleurs le Grand-Juge (1), ne sera pas attribué au gouvernement. Cette entente tacite aura sa contre-partie : le gouvernement n'em-

1. The Commercen, 1 Wheaton, p. 382.

pêchera pas, par sa protection, que l'individu soit traité en ennemi par le belligérant offensé. S'il adoptait l'acte de l'individu en exigeant qu'il continue son commerce hostile, il y aurait là matière à déclaration de guerre.

Comment définir la contrebande de guerre ?

Le plus souvent elle se définira par une énumération d'objets dont les nations belligérantes auront dressé la liste. Le droit des gens ne donnera que des principes généraux : les articles exclusivement utilisés pour la guerre sont de contrebande lorsqu'ils sont destinés à un belligérant. Les objets non susceptibles d'être ainsi utilisés, ne sont pas contrebande de guerre. Quant aux objets d'usage ambigu, ils sont classés tels suivant les circonstances et les pays. Parmi ceux-ci, il en est deux sur lesquels les nations ne pouvaient se mettre d'accord, le matériel d'équipement des vaisseaux et les vivres. Pour Vattel (1) :

« Les choses qui sont d'usage particulier pour la guerre, et dont on empêche le transport chez l'ennemi, s'appellent marchandises de contrebande. Telles sont les armes, munitions de guerre, les bois et tout ce qui sert à la construction et à l'armement des vaisseaux de guerre, les chevaux et les vivres mêmes, en certaines occasions où l'on espère réduire l'ennemi par la faim. »

L'Ordonnance de la Marine (2), qui fixa le droit

1. I, ch. VII. s. 112.

2. I. 3, titre des Prises, a. II.

français par la suite, retira de la liste les provisions de bouche, sauf dans le seul cas où elles sont envoyées à une place assiégée et bloquée.

La loi anglaise ajoutait au matériel naval, les provisions de caractère innocent en général, lorsqu'elles sont le produit du sol ennemi, ou bien destinées à un usage militaire ou naval.

En tenant compte de toutes ces données, Marshall estime qu'il est un principe indiqué pour marquer les limites des droits en conflit des puissances neutres et belligérantes : si les circonstances, la nature du cargo et sa destination, montrent sans équivoque qu'il sera appliqué à des buts militaires, le matériel susceptible à la fois d'usage pacifique et militaire prendra le caractère de contrebande. Mais si les circonstances font en toute probabilité supposer que le matériel suspect est destiné à l'usage ordinaire de la nation, il n'y aura pas de juste motif d'interrompre un commerce qui doit être prononcé légal. Car les neutres ont le droit de continuer leur commerce habituel comme les belligérants ont le droit de les empêcher de fournir à l'ennemi des instruments de guerre.

Il faut avant tout de la bonne foi dans l'interprétation de ces données incertaines, de même que dans celle des conventions passées à cette fin.

John Marshall dans ses instructions à Rufus King, ministre américain à Londres, proteste contre l'interprétation donnée à ce membre de phrase de la convention anglo-américaine, englobant dans la

contrebande « d'une façon générale tout ce qui peut servir directement à l'équipement des vaisseaux. »

Il apparaît que les Cours d'Amirauté britanniques l'entendaient de tout ce qui, par une chance quelconque, pouvait servir à l'équipement des vaisseaux. Des articles en eux-mêmes impropres à cet usage, mais susceptibles d'être employés au cas de pénurie des articles adéquats, étaient compris dans l'interdiction, même lorsque le produit normal ne faisait aucunement défaut au lieu de destination de ce succédané possible. Il est évident que le mot « directement » s'adresse seulement aux articles qui sont, par leur nature même, destinés à l'équipement des vaisseaux. Le contraire ferait s'enfler la liste des produits de contrebande dans une proportion qui interdirait le transport d'articles nécessaires aux occupations ordinaires des nations en paix. Or, le traité passé entre la nation neutre et la nation belligérante est un contrat synallagmatique dont le but est de préserver les droits de chacun. S'il autorise la saisie par l'un des articles qu'il serait illégal de porter à un ennemi, c'est contre l'assurance du respect de tout le commerce régulier de l'autre. Le contraire impliquerait un abandon par le neutre de droits en eux-mêmes inviolables et dont l'exercice ne porte aucun préjudice au belligérant dans la guerre où il est engagé.

Pour mieux faire comprendre à quel point la classification des objets dits de contrebande est chose délicate et comme en chaque espèce le belligérant doit se servir libéralement et avec intelligence

de son autorité, il cite le cas difficile à l'époque, des navires marchands à destination de la Nouvelle-Orléans. Ce port était commun aux sujets espagnols et aux citoyens des Etats-Unis, et par lui s'approvisionnaient entièrement les provinces riveraines du Mississipi. Il s'ensuivait que nombre des articles dont elles avaient besoin pour un usage pacifique, étaient susceptibles d'utilisation en temps de guerre, notamment tout le matériel naval. Les Espagnols pouvaient donc trouver bon ce prétexte pour saisir tous ces articles au passage. Mais, les Espagnols n'avaient pas là de chantiers maritimes et ne construisaient ni n'amassaient de stocks sur cette côte. La destination de la cargaison devait donc être une raison suffisante de libre passage en dehors de la nature même des produits transportés.

L'armement des vaisseaux de guerre à l'usage des belligérants est, au même titre que le transport de la contrebande de guerre, un exercice illégal de l'activité commerciale des neutres. Le Grand-Juge l'a condamné dans un cas où un navire partit sous couleur commerciale de Baltimore neutre pour la Plata en guerre. La réalité montra qu'il était chargé de munitions et muni d'un équipage beaucoup trop considérable pour un navire marchand, et que s'il n'avait pas reçu de commission officielle tant qu'il stationnait aux Etats-Unis, c'était à l'effet d'en recevoir une et de faire la guerre qu'il se dirigeait vers l'Amérique du Sud (1).

1. The Grand Pare, 7 Wheaton, p. 471.

Les neutres peuvent encore se rendre coupables d'actes de partialité qui constituent une offense véritable à l'égard du gouvernement désavantagé.

Là encore le point de démarcation entre la conduite normale d'un neutre et celle qui est punissable est très incertaine et le Grand-Juge fait preuve d'une grande prudence avant de taxer telle attitude d'illégale. Il condamne la hâte avec laquelle la Cour Suprême a jugé coupable un navire neutre qui transportait du blé à des armées ennemies séjournant dans un autre pays neutre. Et parallèlement à l'opinion du magistrat représentant la majorité, il délivre son opinion dissidente. Le fait que ceux qui fournissent des vivres aux armées ennemies en pays étranger aident l'adversaire d'une façon préjudiciable à l'autre et, par là, participent à la guerre, ne peut être admis sans discussion. « Il est inexact que tout espèce d'aide donnée à un ennemi soit un acte d'hostilité qui nous justifiera de considérer ce neutre et ses vaisseaux comme hostiles à notre égard... Qu'un neutre se montre ami envers notre ennemi et continue à échanger avec lui, de bons offices, ne peut fournir aucun sujet de plainte, car alors tout commerce avec un belligérant serait taxé d'hostile par l'autre. L'effet du commerce est d'augmenter ses ressources et de lui permettre de poursuivre plus longtemps la guerre ; mais cette augmentation est produite par un acte entièrement innocent de la part du neutre... Les mêmes bons offices sont à la portée de l'autre

belligérant, même s'il ne parvient pas à en tirer avantage au même degré (1). »

La conséquence éloignée d'un acte ne saurait donner à cet acte un caractère hostile. Pour qu'il y ait véritablement aide apportée à l'ennemi, il faut, dit Marshall, qu'elle soit directe, immédiate, et porte un préjudice réel à l'adversaire ; car un simple profit à l'un ne portant pas tort à l'autre, ne saurait convertir un ami en ennemi.

Transporter des troupes ou des chefs militaires de l'armée ennemie est le type de cet acte hostile de la nation neutre qui aide directement l'un des belligérants à accomplir ses buts, et la fait participer à la guerre. Le vaisseau neutre sera justement confisqué. Transporter des dépêches à un gouvernement est généralement considéré comme un acte d'hostilité absolue communiquant ce caractère au vaisseau neutre. Le Grand-Juge l'admet dans le cas où les dépêches ne pouvaient avoir trait qu'à la guerre existant entre le gouvernement des capteurs et celui auquel les dépêches étaient adressées.

Mais il est un cas où un navire neutre pourrait transporter des dépêches à un gouvernement belligérant sans être justement suspecté et condamné : lorsqu'elles sont le courrier diplomatique d'un ambassadeur résidant en pays neutre. « Et pourtant, de telles dépêches pourraient contenir des informations capitales pour la guerre. Mais, celui-ci est un

1. The Commercen, 1 Wheaton, p. 382.

cas où le droit du belligérant d'intercepter toutes les communications adressées à son ennemi par les officiers de l'ennemi, est modifié et restreint par le droit du neutre de protéger les communications diplomatiques qui sont nécessaires aux relations politiques entre belligérants et neutres. »

§. 3 — *Droit de visite*

Comment seront assurés ces droits des belligérants de saisir la marchandise ennemie sur navire neutre et de prévenir le passage de la contrebande de guerre ou l'aide illégale à l'adversaire ?

Le droit de visite en permettra l'exercice efficace. Il ne faut pas y voir, dit le Grand-Juge dans l'affaire du « Nereid », un droit indépendant et primaire assumé délibérément dans la gloire de la puissance, pour imposer des vexations et harasser le commerce neutre. « C'est un droit essentiel à l'exercice plein et entier du droit de capture des marchandises ennemies et des articles constituant contrebande de guerre, et dirigés vers l'ennemi... Ce n'est qu'un moyen qu'une fin justifie... un droit ancillaire du grand droit de capture. »

L'Américain comme l'Anglais emploie deux termes pour préciser ce droit : « visit » et « search ». Le premier s'appliquerait plutôt à la visite des papiers de bord, le second à la fouille générale du navire.

Le droit de « visit » et de « search » est un droit

strictement belligérant, dit Marshall (1). Les navires doivent en être exemptés en temps de paix. Le navire de guerre opérant une « search » doit la conduire avec le respect des droits et de la sécurité du navire fouillé qui est compatible avec l'examen entier de son caractère et des buts de son voyage. Tout ce qui outrepasserait les limites strictement nécessaires à cet objet serait illégal (2).

Si un tel asservissement de la liberté neutre est admissible en temps de guerre, il est repoussé en temps de paix. Toutefois, il en subsiste un droit secondaire, en temps de paix, droit d'approche, selon Marshall, et qui correspond au droit d'arrêt du navire marchand par un navire de guerre, à seule fin de se faire reconnaître et de montrer son pavillon. Le navire marchand n'est pas obligé, dit la Cour Suprême, d'attendre l'approche du navire de guerre. Mais il ne peut légalement l'empêcher d'approcher en usant de la force, sur un simple soupçon de danger (3).

C'est ainsi que le Grand-Juge conçoit la répartition des droits des neutres et des droits des belligérants. Il désire ouvertement voir ces derniers restreindre leurs droits au profit des neutres, mais ne rendra jamais un jugement empreint de libéralité partielle, lorsque la concession n'aura pas été faite par le belligérant.

1. *The Antelope*, 10 Wheaton, p. 119.

2. *The Anna Maria*, 2 Wheaton, p. 333.

3. *The Marianna Flora*, 11 Wheaton, p. 1.

SECTION V

Questions annexes

Il est encore intéressant de noter dans le vaste domaine du droit des gens quelques observations ne portant pas, il est vrai, sur les points capitaux de la vie des Etats, comme ceux auxquels nous venons de toucher, mais en assouplissant le jeu et facilitant les rapports toujours secrètement antagonistes des Etats.

Certains de ces points annexes ont conservé de nos jours leur intérêt pressant. D'autres ne seront cités qu'à titre historique.

§ 1^{er}. — *Privilèges et immunités
des agents diplomatiques*

John Marshall a parlé longuement (1) du caractère et de la nécessité des privilèges et immunités conférés aux agents diplomatiques. Le principe théorique sur lequel ces immunités sont établies n'a qu'une importance secondaire, soit que l'on voie dans l'ambassadeur le souverain qu'il représente, soit que par une fiction d'extra-territorialité, il soit considéré hors des limites de la juridiction du souverain à la Cour duquel il réside. Le nœud de la question est un fait,

1. *The Schooner Exchange*, 7 Cranch, p. 138.

non un principe : aucun souverain ne peut risquer de compromettre la mission de son ministre plénipotentiaire par l'allégeance temporaire de celui-ci au prince étranger près duquel il est envoyé. « Un souverain commettant les intérêts de son Etat en pays étranger, à une personne qu'il a spécialement choisie à cet effet, ne peut pas admettre d'assujettir à aucun degré son ministre au pouvoir étranger ; et, par conséquent, consentir à le recevoir implique consentir à ce qu'il possède ces privilèges que son maître voulait qu'il retint, privilèges essentiels à la dignité de son souverain et aux devoirs qu'il est chargé d'accomplir. »

C'est bien actuellement la raison du *ne impediatur legatio* que l'on donne comme fondement aux prérogatives des agents diplomatiques.

Toutefois, quel qu'en soit le caractère indispensable, Marshall estime qu'elles ne pourraient exister contre la volonté du souverain du territoire dont il faut au moins supposer l'assentiment tacite. Les juristes anglais, par l'organe de Phillimore, se montrent plus intransigeants et ne permettent pas à un Etat, sous prétexte de restreindre les privilèges extraterritoriaux, de priver un ambassadeur des privilèges nécessaires à l'accomplissement de ses fonctions, entre autres, de l'inviolabilité de sa personne. « Un Etat assez étroit d'esprit et mal avisé pour refuser les habituels privilèges d'extraterritorialité au représentant d'un autre, doit prendre soin d'agir en cette matière, impartialement à l'égard de toutes les na-

tions. La nation ainsi distinguée défavorablement des autres par une mesure impliquant départ d'un usage adopté de longue date par le monde civilisé, et affectant son honneur, serait en droit de considérer cette distinction défavorable comme une juste cause de guerre (1). »

Par la suite, Marshall pose, sans la résoudre, la question du châtiment possible d'un ambassadeur, en dehors de celui qui lui serait infligé par son propre souverain. Si, dans certaines circonstances elle était résolue affirmativement, et donnait à la juridiction locale le droit de punir tel crime commis par un agent diplomatique, ce serait parce que les conditions d'après lesquelles il avait été reçu comme représentant de son pays, ont été violées et que la perte des immunités accordées sur la foi de ces conditions s'ensuivit.

Les consuls sont également des agents publics ; mais n'ayant pas le caractère représentatif, leurs prérogatives sont moindres. Ils sont créés pour des buts commerciaux, et ont le droit indiscuté de défendre la propriété des nationaux de leur pays (2). M. Rivier dit très justement du consul qu'il est dans son ressort, « le conseil et le protecteur naturel de ses compatriotes, et cela plus encore que l'agent diplomatique, étant de rang moins élevé que celui-ci et moins absorbé par les grands intérêts de l'Etat. »

1. Part. VI, ch. 8, § 117.

2. *The Anne*, 3 Wheaton, p. 445.

Il est cependant des cas, dit la Cour Suprême, où le consul sera chargé de négociations avec le gouvernement étranger. Mais ce ne pourra être que sur autorité spéciale et expresse de son souverain ; dans ce cas, le caractère diplomatique sera surajouté à son caractère ordinaire et le gouvernement du lieu tenu de le reconnaître.

§ 2. — *Extradition*

En matière d'extradition, John Marshall se montra hardi pour l'époque. Cette mesure, qui est de nos jours classée parmi les devoirs des Etats, ne dépendit très longtemps que de la courtoisie mutuelle de ceux-ci. Elle était si peu conçue comme une obligation internationale qu'aujourd'hui encore où l'idée en est admise par tous, certains Etats comme la France, les Etats-Unis, l'Angleterre ne livrent les criminels étrangers à leur gouvernement qu'en vertu de conventions spécialement passées à cet effet.

Il est curieux de noter que c'est avant même de présider la Cour Suprême qu'il fixa le droit américain sur ce point. Le Congrès était en 1797, fort agité par la question que soulevait un cas célèbre, celui de Jonathan Robin, sujet britannique, ayant pris part à la mutinerie de l'équipage d'un navire britannique et au meurtre de ses officiers. Deux ans après ces événements, il arriva en Caroline du Sud, à bord d'un navire américain, et membre de son équipage. Le consul anglais réclama et obtint son

incarcération. La lutte fût âpre à propos de la validité de cette mesure, et ce fut John Marshall, alors membre de la Chambre des Représentants, qui lui donna sa conclusion, dans une adresse célèbre délivrée au Congrès. L'acte criminel, déclare-t-il, a eu lieu en juridiction britannique. En mer, il n'existe pas de juridiction commune internationale, à l'exception du châtimement de la piraterie, parce qu'elle est dirigée contre toutes les nations à la fois, et que le pirate est l'ennemi du genre humain. Alors que sur terre, la juridiction d'une nation s'étend à tous ceux qui se trouvent sur son territoire, sur mer, la nation n'a de juridiction que sur ses propres citoyens. « La nature de l'union civile implique que les lois d'une nation sont valablement obligatoires vis-à-vis des citoyens de cette nation dans toute situation où ces lois leur sont réellement applicables. » Le cas actuel présente une situation de ce genre. Le criminel doit être rendu à la légitime juridiction de son pays, et l'exécutif a le pouvoir de le faire.

Immunités des agents diplomatiques, extradition, sont des points qui ont aujourd'hui le même intérêt qu'il y a cent ans. Il en est d'autres qui sont maintenant rayés du domaine du droit des gens, mais qui ont joué avant leur disparition, un rôle tel dans la bonne entente des Etats, qu'il n'est pas inutile d'indiquer quelle fut l'attitude du Grand-Juge à leur

égard. Il s'agit notamment de la question connue dans les pays de langue anglaise sous le nom d'« impressment » et de celle de l'esclavage.

§ 3. — « *Impressment* » des marins américains

Cette question existe en fonction des théories de la nationalité comprises de façon si étroite à cette époque. L'on pourrait objecter que cette matière se rattache avant tout au droit privé, mais les conséquences qu'elle a entraînées en droit public nous permettent de ne pas la passer sous silence. Cette parole de M. Rivier semble ici particulièrement vraie : « Le droit civil international se rattache au droit des gens, puisqu'il est le résultat de mutuelles concessions auxquelles les Etats consentent au profit de la communauté internationale et au détriment de leur indépendance. »

L'Angleterre avait imaginé une persécution maritime découlant de son impérialisme sur mer et qui consistait à saisir les marins anglais trouvés à bord de vaisseaux d'une autre nationalité et à les obliger à servir sous son pavillon. Ce droit qu'elle se créa ainsi de toutes pièces n'était pas un droit pacifique. Elle ne le présentait pas non plus comme un droit primaire donné par la guerre. C'était un incident du droit de visite et de « search ». Il va sans dire que l'Angleterre ne s'en tint pas à l'exercice strict de ce droit prétendu, en lui-même déjà étonnant, mais qu'elle se livra à des abus criants sur la personne de

marins américains et même de marins étrangers au service de navires américains. Le terme « *impressment* » indique l'acte de force dont étaient victimes ces marins arrachés à leur équipage et obligés à un service forcé sur navire anglais.

Il ne pouvait exister de mesure plus impopulaire et qui excitât plus la haine des Etats-Unis pour l'Angleterre. Celle-ci d'ailleurs appuyait sa prétention sur le principe de l'allégeance perpétuelle, en vigueur chez elle et chez nombre de nations européennes, et que les Etats-Unis n'avaient pas nettement rejeté. Celui qui avait été à l'origine sujet britannique pouvait toujours, malgré l'acquisition de citoyenneté chez une autre nation, être reconnu comme marin anglais et saisi dans les conditions indiquées.

John Marshall dont nous verrons l'opinion quant à la doctrine de perpétuelle allégeance, s'éleva contre les pratiques de l'Angleterre, en ayant soin de détacher d'elles cette doctrine et de placer la question sur un tout autre plan.

Cet acte de force, dit Marshall, porte un très grand préjudice à la nation qui ressent vivement cette atteinte à son honneur. La classe précieuse que forment les marins est composée de natifs et d'étrangers qui s'engagent volontairement au service des Etats-Unis. Les natifs ne sauraient être l'objet d'une revendication de l'Angleterre. En droit, les cours d'amirauté britanniques n'osent le soutenir et déchargent ceux qui ont été appréhendés, avec la preuve de leur citoyenneté américaine entre les

main. Il n'empêche que, jusqu'au jugement, ils sont l'objet de mauvais traitements et que leur appréhension même est inadmissible.

Les marins étrangers au service des Etats-Unis, à l'exclusion des sujets britanniques, ne peuvent non plus être saisis sans injustice. « Avec la naturalisation des étrangers, aucune nation ne peut intervenir autrement que dans la mesure où ses droits sont affectés. Les droits de l'Angleterre ne sont certainement pas affectés par la naturalisation de sujets autres que les sujets anglais. Par conséquent, ceux qui, selon nos lois, sont devenus citoyens, doivent être considérés comme tels par l'Angleterre, et par toute autre puissance n'ayant pas à revendiquer leurs personnes en conflit avec notre nation (1). »

A l'égard des sujets anglais eux-mêmes, naturalisés ou non, l'« impressment » ne saurait être mieux justifié, quel que soit d'autre part le lien qu'ils peuvent conserver vis-à-vis de leur patrie d'origine. Et Marshall avec une habileté parfaite retourne contre l'Angleterre l'arme dont celle-ci use.

L'Amérique ne saurait mieux faire, dans une contestation avec l'Angleterre, que se fier à la pratique même du gouvernement britannique. « Refuser de l'admettre serait nier l'égalité des nations et faire du litige une question de force, non de droit. »

Or, la pratique du gouvernement anglais est de maintenir à son service tous les marins, à quelque

1. American State Papers. Foreign relations, II, p. 489.

nation qu'ils appartiennent, qui s'y sont engagés volontairement, ou sont devenus, selon leur loi, sujets britanniques. Le droit d'impresment se trouve ainsi sapé complètement. En tous cas, appliqué à des marins étrangers, il ne saurait revêtir la moindre apparence de légalité : « c'est un acte de violence pour lequel il n'existe aucun palliatif ».

Le gouvernement coupable donne sans cesse comme excuse la confusion facile à faire entre sujets américains et anglais. Marshall répond avec ironie qu'il ne voit pas pourquoi la distinction, si facile à faire pour eux dans cette classe de marins, serait plus difficile pour l'Angleterre.

Nous avons vu que John Marshall a évité dans sa réfutation du droit d'impresment, d'aborder la grave question du principe même de la naturalisation. C'est que ses opinions sur ce point auraient été à l'encontre de son argument et fait le jeu de l'Angleterre. Par exception, il n'est pas ici précurseur et s'attache à une doctrine prête à tomber en désuétude : la doctrine de l'allégeance perpétuelle. Il faut dire qu'elle était pratiquée au début du xix^e siècle par toutes les nations d'Europe, et que ce fut seulement à dater de son administration républicaine que l'Amérique la combattit. John Marshall était un fédéraliste, mais la couleur politique ne suffirait pas à expliquer chez lui une opinion juridique. Il était au début de sa carrière le type du « common law lawyer », pénétré des usages juridiques traditionnels de l'Angleterre. Le « common law » prohibe

nettement l'expatriation : *Nemo potest exuere patriam.*

Le Grand-Juge n'est pas aussi cassant. La naturalisation est un fait, et comme tel, il donne des règles à son sujet. Le pouvoir de naturalisation réside exclusivement dans le Congrès, et ce point ne saurait être controversé, dit-il.

L'acte même d'expatriation enlève à l'individu ses obligations comme ses droits de citoyen. Il devient *ipso facto* un étranger, ses terres sont sujettes à l'escheat et ses droits de citoyen une fois perdus, ne peuvent plus être recouvrés par la résidence, mais par la procédure prescrite par la loi pour la naturalisation d'un étranger de naissance. Ces paroles n'impliquent aucunement de la part du Grand-Juge reconnaissance du droit de naturalisation. Elles sont précédées de l'incidente « s'il a ce droit »... Mais l'a-t-il ?

En 1821 encore, alors que l'Amérique rejette définitivement cette doctrine consacrée qui paralyserait son développement, le Grand-Juge parle du « prétendu droit naturel de dissoudre la connexion entre un individu et sa patrie » (1).

Des nations le revendiquent et le pratiquent. Il en tient compte, mais sa restriction mentale subsiste toujours.

La doctrine de perpétuelle allégeance est la vraie.

1. Santissima Trinidad, 7 Wheaton, p. 283.

§ 4. — *Esclavage*.

John Marshall resta longtemps perplexe sur la grande question humanitaire du temps : l'esclavage. Si l'on songe qu'il ne fut aboli définitivement qu'en 1865, l'on comprendra qu'au début du siècle, les antagonistes de l'esclavage fussent encore en petit nombre et que leurs arguments n'aient pas convaincu d'emblée tous les propriétaires d'esclaves.

Le Grand-Juge était trop fin politique pour se poser en réformateur humanitaire. Il était juge et il était homme d'Etat. Il estimait la condition des esclaves contre nature, et il voulait d'autre part préserver l'union sacrée, présentant qu'une libération immédiate provoquerait des désastres. Si bien qu'il se ralliait de tout cœur et contribuait pécuniairement à un plan enfantin conçu par la Société américaine de colonisation : racheter les nègres et les renvoyer libres en Afrique.

L'Union se trouverait ainsi libérée d'un danger menaçant, dont l'extension était à peine prévisible alors, pensait-il.

C'est avec cette mentalité qu'en 1825, il traita, du Banc Suprême, de la position de l'esclavage vis-à-vis de la loi.

Toutes les nations chrétiennes et civilisées se sont livrées à ce trafic, abhorré d'un esprit dont les sentiments originels ne sont pas émoussés par la familiarité de cette idée, dit-il en substance (1). Toutes

1. The Antelope, 10 Wheaton, p. 105.

celles qui, de nos jours, possèdent des colonies distantes l'ont sanctionné sous la foi d'un usage immémorial, comme un commerce ordinaire que nul n'avait le droit d'interrompre. « Ce commerce ne pouvait être considéré comme contraire au droit des nations, qui était autorisé et protégé par le droit de toutes les nations commerçantes. »

Que l'esclavage soit contraire à la loi de nature ne peut être discuté. L'on admet généralement que l'homme a un droit naturel aux fruits de son travail et qu'il ne saurait en être légitimement dépossédé. Mais la guerre a toujours existé et confère des droits auxquels toutes les nations ont acquiescé.

Dans l'antiquité, les plus éclairées d'entre elles admettaient dans leur nombre le droit pour le vainqueur de réduire en esclavage le vaincu. L'origine de l'esclavage est donc la force.

Le monde a déclaré qu'il était une conséquence légitime de la force. Ce qui a été institué du consentement général, ne saurait être prononcé illégal et contraire au droit des gens. Cet usage invétéré qu'est l'esclavage fut mis en échec pour la première fois aux Etats-Unis par quelques Etats membres de l'Union. Le sentiment public de haine de ce trafic antinaturel grandit rapidement dans tous les pays. Mais tandis que certains l'ont déclaré expressément illégal, d'autres l'admettent encore, d'ailleurs, avec une sorte de honte croissante ; ils le tolèrent en fait et ne le sanctionnent plus publiquement. Toutefois, la renonciation des autres à cette pratique ne saurait

lier ces derniers tant que leur gouvernement ne l'a pas expressément défendue. Aucune nation ne peut créer une loi internationale et l'imposer aux autres.

Et le Grand-Juge ordonne la restitution d'un vaisseau étranger adonné à la traite des noirs et capturé en temps de paix par un croiseur américain.

Nous arrêtons ici l'exposé des vues si variées de John Marshall en droit international. Notre but n'était pas de les cataloguer en une énumération complète, mais de faire comprendre l'ampleur de son champ d'action et l'importance nationale, parfois internationale de son intervention sur nombre de questions.

CHAPITRE IV

LE JUGEMENT DE LA POSTÉRITÉ

John Marshall mourut en 1835, ayant présidé la Cour Suprême avec une vitalité étonnante jusqu'à ses derniers moments.

En 1829, il fit partie une dernière fois de la législature de l'Etat de Virginie, son pays d'origine qui, après l'avoir porté aux nues, s'était montré si ingrat à son égard.

John Marshall aida à donner à la Virginie une nouvelle constitution, en quatorze semaines de discussions tumultueuses. Son biographe contemporain, John Beveridge, rapporte que la confiance, le respect et l'affection que tous les membres, jeunes et vieux, radicaux et conservateurs, lui témoignèrent, furent la preuve éclatante de l'autorité de sa personnalité discutée un temps dans l'aveuglement des passions politiques.

Sa mort, survenue à Philadelphie, causa un deuil national. Des démonstrations multiples eurent lieu par toute la Virginie. Il n'est pas jusqu'aux habitants de Lynchburg qui portèrent un crêpe au bras pendant trente jours.

Nulle opinion n'a plus de poids que celle du journaliste politicien Niles, qui, de tout temps, avait sauvagement attaqué, dans son journal *le Register*, les opinions de John Marshall, comme teintées de fédéralisme. « Après Washington seul, écrit-il, il posséda le respect et l'hommage du cœur du peuple américain. » Le peuple lui conféra à jamais le titre de « Great Chief Justice », le grand Premier Juge.

La valeur de John Marshall fut, nous le voyons, reconnue de son vivant en dépit de toutes les polémiques, et glorifiée à sa mort.

Qu'en survécut-il dans le domaine du droit des gens, à l'exclusion du droit constitutionnel où son œuvre tient encore plus à cœur aux Américains, parce que plus proche d'eux ?

Il y a deux points de vue à considérer : l'un, international ; l'autre américain. Dans quelle mesure, d'une part, les théories du Grand-Juge se sont-elles trouvées d'accord avec celles que les nations réunies ont postérieurement adoptées dans leur Congrès ? Jusqu'à quel point, d'autre part, est-il le porte-parole de la mentalité américaine qui préside aux relations des Etats-Unis avec l'extérieur et dicte leur attitude vis-à-vis du droit international ?

La déclaration de Paris de 1856 consacra plusieurs points capitaux de son œuvre.

L'effectivité du blocus devint règle de droit. La conséquence extrême qu'en tirait Marshall ne fut d'ailleurs pas adoptée par les Etats-Unis influencés en cela par l'Angleterre, à savoir la cessation du

blocus par l'éloignement temporaire de la force bloquante, conséquence adoptée au contraire par la France.

La question de la propriété privée en temps de guerre si fort agitée au cours des discussions, ne trouva de solution qu'en ce qui concerne la propriété neutre, celle même que Marshall avait imposée dans ses décisions : la propriété privée neutre n'est pas susceptible de confiscation sous pavillon ennemi, à l'exception de la contrebande de guerre. Le second article adopté en 1856, la non-confiscation de la marchandise ennemie sous pavillon neutre, avait seulement fait l'objet des vœux de Marshall et non d'une décision formelle.

Le sort de la propriété privée ennemie en général ne fut pas fixé, c'est-à-dire qu'à son égard fut conservé le *statu quo* : les biens de l'ennemi sont de bonne prise.

Le Grand-Juge n'était pas satisfait de cette solution, et dans sa doctrine générale, jeta les bases d'une évolution en faveur du respect de la propriété privée ennemie, évolution dont le cercle n'est pas encore de nos jours complètement décrit.

Il dénia le droit de confiscation que la seule déclaration de guerre était censée donner implicitement sur les biens de l'étranger ennemi situés sur le territoire de l'adversaire.

Le gouvernement peut juger bon de prendre une mesure spéciale en ce sens, mais le droit des gens ne lui confère pas ce privilège *a priori*.

Quant au respect absolu de la propriété privée quelle qu'elle soit, la déclaration de Paris ne le compta pas au nombre de ses articles. La question fut liée intimement par les Etats-Unis à celle de la course.

Vers le milieu du siècle, ceux-ci avaient passé avec la Prusse, une convention décrétant l'immunité de leurs navires commerçants au cas de guerre. On l'accueillit comme « une vraie curiosité diplomatique ». La raison en était qu'aucune guerre n'était alors prévisible entre les deux pays.

Il découlait bien de la doctrine du Grand-Juge que le sort des deux questions fût lié. Il affermit la course en lui donnant les caractères légitimes d'une institution normale. Pour quel but ? Le libre exercice du commerce international de ses compatriotes. Avant lui, le marquis de Chambonas avait entamé des négociations avec Jefferson, au sujet de l'abolition de la course proposée par Vergniaud à l'Assemblée législative. Jefferson répondit favorablement à condition d'entrer en même temps en négociation sur d'autres principes, parmi lesquels, le respect de la propriété privée. Après lui, les Etats-Unis refusèrent seuls en 1836, devant l'unanimité des nations, l'abolition de la course, détachée de l'adoption du principe qui faisait contrepoids.

La France s'est laissée aveugler par la couleur humanitaire que l'Angleterre donnait à la mesure dont elle se faisait le champion, et « a joué un jeu de dupe » selon l'expression énergique de M. Giraud.

Car d'humanité, point n'était question, ou faiblement. L'intérêt avant tout poussait l'Angleterre qui voyait sans agresseurs possibles (puisque les flottes de guerre des autres nations ne sauraient rivaliser avec la sienne) l'immense réseau de ses bâtiments commerciaux, et sans protecteurs possibles, les navires de commerce des autres nations. Les Etats-Unis froidement le dénoncèrent par leur refus d'adhérer à une mesure d'humanité.

John Bassett Moore (1) se plaint de nos jours à citer Sir Travers Twiss qui explique sans détour la vraie conduite de son pays.

L'Angleterre, d'accord avec la France, avait déclaré en 1854, lors de la guerre de Crimée, qu'elle ne délivrerait pas de lettres de marque. En 1856, à la Conférence de Paris, elle avait exploité ce fait, faisant valoir que la course dont elle voulait l'abolition de principe, n'était déjà plus pratiquée par elle. Or, la vraie signification de cet acte, Sir Travers Twiss la donne (2) : mettre fin à la pratique des belligérants de délivrer des lettres de marque aux sujets des puissances neutres. Et il cite un mémoire de M. Drouyn de Lhuys à cet effet : ce qui influença particulièrement le gouvernement anglais fut la crainte de voir l'Amérique disposée contre nous et prêtant à nos ennemis l'appui actif de ses hardis volontaires. La population maritime des Etats-Unis, leur marine entreprenante, pouvaient

1. *Digest of international law*, VII, p. 538-539.

2. *Belligerent rights*. London, 1884.

fournir à la Russie les éléments d'une flotte de navires corsaires qui, attachée à son service par des lettres de marque, et couvrant la mer d'un réseau, harcèlerait et poursuivrait le commerce des Alliés. C'est pour prévenir un tel danger que le Cabinet de Londres jugea important de se concilier la disposition favorable du gouvernement fédéral.

La lucidité de John Marshall n'eût certainement pas été, sur ce point, mise en défaut.

Il est encore intéressant d'indiquer son attitude sur une question qui a donné lieu à des controverses indéfinies : la légitimité des représailles. Celle-ci n'avait jamais été mise en doute jusqu'au jour où les Etats-Unis créèrent un courant de défaveur à leur égard. L'origine en fut à un message du Président Jackson de 1834, insistant sous peine de représailles violentes, auprès du gouvernement français pour qu'il donnât satisfaction aux réclamations privées de ses nationaux. L'effet de ce message fut désastreux et causa sans doute le revirement indiqué. Les nations européennes maintenaient au contraire ce droit.

John Marshall qui personnifiait l'intégrité et la justice largement comprise, était cependant partisan des représailles. L'attitude récente des temps contemporains lui a donné raison contre l'idéalisme vague de son pays. Il déclare en plusieurs circonstances que le gouvernement américain usera de représailles. « Bien que celles-ci puissent blesser les sentiments d'humanité, le juste respect des vies de

nos concitoyens et une police saine nous obligeront à y avoir recours (1). »

Notons qu'en 1914, les Etats-Unis, malgré la doctrine qu'ils professaient, n'hésitèrent pas à déployer leurs forces maritimes, lors de l'incident de Tampico, pour exiger du gouvernement mexicain, réparation de l'injure faite à leur nation, par l'arrestation de trois marins au service des Etats-Unis. Il sera objecté, il est vrai, que l'intérêt lésé était public et non plus seulement privé. Le principe des représailles n'en était pas moins appliqué.

Si l'œuvre du Grand-Juge a été consacrée en plusieurs points capitaux par le concert des nations, que dire de sa pénétration dans l'esprit des générations américaines et des traces qu'on en trouve aujourd'hui dans la conduite générale des Etats-Unis à l'extérieur ? Traces qui sont peut-être moins représentatives de cette influence que de la nature profondément américaine du grand magistrat qui n'a fait que caractériser plus nettement certains traits dans sa race en leur donnant un éclat exceptionnel.

A un siècle de distance, l'on entend toujours la revendication de souveraineté absolue dont le Grand-Juge fut un si bon théoricien. Cette souveraineté, les Etats-Unis ne prétendent pas la voir restreindre en 1915, par une atteinte à leur libre commerce. Il est savoureux de voir que les Cours de prises britan-

1. M. S. Instructions to U. S. Ministers, V, p. 346. Marshall secretary of state to Mr. Clarkson, August 1, 1800.

niques sont, une fois de plus, et en des temps si différents, cause des réclamations. Certes dans la lutte courtoise qui s'engage entre le secrétaire d'Etat Robert Lansing et le ministre des Affaires étrangères Sir Edward Grey, l'on ne rencontre pas telles expressions hardies du secrétaire d'Etat John Marshall, ni même l'ironie mordante de Marshall, Grand-Juge.

Sir Edward Grey soutient la légitimité de la juridiction des tribunaux de prises anglais, gouvernés, à côté des instructions du souverain et là où elles font défaut, « par le droit public et la pratique des nations » ; et il se refuse à accorder satisfaction par voie diplomatique dans les cas où un recours contre l'invasion des droits fonctionne (1).

Robert Lansing continue à protester : « Voici l'effet désastreux des méthodes des gouvernements alliés sur le droit général des Etats-Unis d'exercer le commerce international, libre de toutes limitations extraordinaires et arbitraires imposées par les nations belligérantes. Le retard imprévu et la dépense qu'occasionne la conduite des navires dans un port afin de les fouiller, sur le moindre soupçon, annihile les initiatives commerciales, quelque légales qu'elles soient... Les importateurs n'osent plus faire d'achats à l'étranger, de crainte de voir les marchandises illégalement saisies... Pour des atteintes spécifiques aux intérêts privés, les tribunaux de prises,

1. Memorandum from the British Embassy at Washington.

lorsqu'ils ont toute liberté d'appliquer le droit des gens, peuvent prononcer une indemnité adéquate, mais pour le tort causé au commerce d'une nation par la menace d'une interférence imprévisible avec les buts légaux et établis qu'elle poursuit, l'on ne peut manifestement pas trouver de remède dans les tribunaux de prises de Grande-Bretagne auprès desquels sont renvoyés les citoyens des Etats-Unis, pour faire valoir leurs droits. »

Le secrétaire d'Etat proteste encore contre la manière dont les tribunaux de prises britanniques ont obtenu, par des réglementations municipales, juridiction sur les vaisseaux neutres en haute mer, de telle sorte que ceux-ci se trouvent soumis à des lois domestiques britanniques.

Sous une apparence de discussion juridique, c'est bien la vieille querelle qui renaît, c'est le Grand-Juge parlant au xx^e siècle.

Cette impression s'accroît encore si nous considérons le caractère du pacifisme américain tel qu'il s'est révélé à nous de nos jours, au cours de la guerre mondiale, la « world war » ainsi qu'on la désigne emphatiquement en pays de langue anglaise.

Neutralité, tel fut le drapeau qu'agita l'Amérique en 1914 et qu'elle clamait vouloir maintenir jusqu'à l'extinction complète des hostilités.

Sa position nette vis-à-vis du monde entier, la seule cause qui ait pu la lui faire abandonner, après un lent et pénible combat de conscience, puis ses efforts pour retrouver cette position dès que le coupable,

c'est-à-dire l'agresseur, lui fait le moindre signe de grâce, nous pouvons en lire la description parfaite, écrite il y a un siècle dans les termes même et avec l'intonation particulière qu'ont adoptés les représentants contemporains des Etats-Unis pour expliquer leur attitude.

« Ce fut l'objet du gouvernement américain de préserver entre les puissances belligérantes, depuis le commencement de la présente guerre, une exacte neutralité... Nous avons cherché, par une conduite juste et amie envers tous, à être autorisés à maintenir, sans offenser aucun d'eux, une position que nous avons le droit de prendre.

« Les agressions, tantôt de l'un, tantôt d'un autre belligérant, nous ont obligés à considérer et à préparer la guerre comme un événement possible. Nous nous sommes élevés et nous continuerons à nous élever contre des offenses de nature non douteuse, et des actes d'hostilité qui ne sauraient être mal compris. Mais ceci est une situation de nécessité, non de choix. Nous y sommes placés non par nos propres actes, mais par les actes des autres, et nous la changerons aussitôt que la conduite des autres nous le permettra.

« Les torts accumulés que nous a causés la France en 1798, atteignirent un degré tel qu'ils ne laissèrent aux Etats-Unis aucun terrain raisonnable pour douter que la guerre était imminente, et que la force, la force seule, pouvait être l'instrument de maintien

de nos droits en tant que nation souveraine et indépendante.

« Nous eûmes, par conséquent, recours à la force ; mais dans l'acte même de recours à la force, notre préférence pour la paix était manifeste, et il était visible que nous retournerions à notre situation naturelle dès que les actes hostiles qui nous en avaient arrachés cesseraient, et qu'une garantie contre leur répétition serait offerte.

« Un espoir raisonnable que cet état de choses peut être atteint, a été donné par les ouvertures récentes du gouvernement français. L'Amérique les accueille, et ce faisant, adhère simplement à son système pacifique (1). »

Qu'ajouter à cela, si ce n'est que John Marshall en donnant au gouvernement américain (il était alors secrétaire d'Etat) une attitude que sans anachronisme il peut à nouveau assumer cent vingt ans après, était très en avance sur la nation elle-même. Le peuple américain n'aurait jamais créé lui-même une pareille neutralité. La jeune République ne concevait même pas qu'on fût neutre, à plus forte raison une neutralité pareillement graduée.

Le créateur de la neutralité en Amérique est le créateur de l'Amérique même, George Washington. Ce fut sa grande conception de politicien, lorsqu'il eût déposé ses lauriers de général. Et lorsqu'il émit en 1793 cette idée invraisemblable d'une « neutralité

1. American State Papers. Foreign Relations, II.

entre le bien et le mal », pour empêcher les Etats-Unis de se précipiter au secours de la France contre l'Angleterre, le peuple entier fut déchainé contre lui. Le dieu tomba de son piédestal, toutes les attaques furent osées. Marshall n'hésita pas à se ranger, une fois de plus, au côté de son chef.

De nos jours, le peuple américain a bien précédé son gouvernement dans l'entrée en guerre, mais dans une certaine mesure seulement. Il n'était pas soulevé contre lui. La neutralité était son fait, comme celui du gouvernement. De simples tendances se manifestaient en divers sens. Le peuple avait profondément évolué pour rejoindre la conception de ses premiers chefs.

De préserver en toutes circonstances jusqu'à l'extrême la neutralité du pays, à préserver cette neutralité quelles que soient les circonstances vis-à-vis des pays européens, il n'y a qu'un pas, lequel a été franchi par le Président Monroe, ou plus exactement par l'interprétation tirée ultérieurement de ses déclarations.

Quelle part morale revient au Grand-Juge dans ces déclarations ?

Examinons tout d'abord leur sens originel : elles sont l'acte d'un jeune Etat qui craint de voir les potentats du Vieux-Monde s'immiscer dans ses affaires, pour en décider en autocrate, comme ils le font en Europe. Le jeune Etat n'est pas encore très sûr de ses forces, et tente d'élever d'emblée une barrière à cette intrusion qui aboutirait, il le pressent,

à un pillage déguisé de son indépendance et de son territoire. Les Russes veulent coloniser l'Alaska, l'Espagne veut être aidée à reconquérir ses colonies sud-américaines émancipées. Voilà l'entrée en matière d'une politique qui paralyserait l'élan des jeunes démocrates. Ils refusent donc toute intervention dans les affaires d'Europe, et par contre, affirment leur droit d'intervention en tout ce qui concerne les autres Etats américains, pour ne pas être enfermés à l'improviste dans la politique européenne agissant sur les Etats du Nouveau-Continent.

Le message de 1823 est un acte de fierté blessée qui veut prévenir de nouvelles attaques. En 1825, le Grand-Juge prononçait, lors du procès de l'« Antelope », la phrase restée fameuse : « La Russie et Genève ont des droits égaux. Il résulte de cette égalité que nul ne peut valablement imposer une règle à un autre. » C'est l'égalité des Etats-Unis avec les nations du Vieux-Continent que revendique tacitement le message, c'est elle que le Grand-Juge proclame sans cesse, c'est au principe de droit la consacrant qu'il veut donner la force d'un axiome indiscutable.

John Marshall ne saurait-il donc être, pas plus que le président Monroe, tenu pour responsable du développement faux de la doctrine tirée du message ?

Cette doctrine de non-intervention dans les affaires d'Europe n'était pas contenue dans le message qui n'avait pas la prétention d'ériger un système. Bismarck a dit d'elle qu'elle est « une impertinence internationale. » Elle est pis que cela, elle est une

erreur profonde. Aussi nous refusons-nous à considérer autrement qu'à la lueur des événements d'alors ces paroles du Grand-Juge qui ont été certainement interprétées littéralement et détachées de leurs circonstances: « Séparés de l'Europe, nous voulons ne pas nous mêler à ses querelles ». « Les Etats-Unis, non-encerclés par des puissances dangereuses, ne craignent, ni ne jaloussent personne... Séparés par un vaste océan ami, ils n'ont aucun motif d'entrer volontairement dans une guerre et les plus puissantes raisons de l'éviter » (1).

Comment en effet imaginer le Grand-Juge adhérant à cette dernière et vitale conséquence de la doctrine : le refus des Etats-Unis de faire partie de la Société des Nations.

Parmi les motifs avoués de ce refus, il en est deux qu'à la lettre John Marshall eût approuvés : la négation du principe de l'égalité des nations dans la répartition des voix au conseil; et la perspective de guerres constantes. N'écrit-il pas en effet: « Prendre part dans les guerres de la France implique contracter des habitudes de conduite nationale et former des liens politiques serrés qui doivent compromettre la paix future de la nation et l'entraîner dans toutes les guerres futures de l'Europe. »

En comprenant quel homme d'action et de pensée fut John Marshall, on a la certitude que ces difficultés il les eût résolues, avec sa maîtrise habituelle.

1. *American State Papers. Foreign Relations*, II, p. 169.

Car, s'il a incarné les grands traits de sa race, il était doué d'une lucidité impartie à peu d'hommes. Alors que de grands patriotes ses contemporains, comme Patrick Henry, et des politiques moins désintéressés comme Thomas Jefferson, se faisaient les champions de l'indépendance des Etats, lui, combattait sans faiblir pour l'affermissement de l'Union. Et lorsque, dans tout le cours de sa carrière, les Etats essayèrent de se révolter et d'arracher au gouvernement central les droits que la Constitution lui avait donnés, il condamnait implacablement l'Etat dissident, sans se soucier du remous politique et des attaques personnelles que provoquerait sa décision.

Les Américains d'aujourd'hui repoussent la Société des Nations, comme une institution étrangère qui voudrait les envahir, et serait un peu l'ennemi de leur indépendance absolue. N'est-il pas frappant de voir que c'est précisément comme quelque chose d'étranger et d'ennemi que Patrick Henry, et à sa suite tous les fervents du gouvernement local, considéraient le gouvernement national de l'Union ?

John Marshall qui a repoussé avec la dernière fermeté cette notion fausse voudrait sans doute l'union des nations du monde dans un but de plus grande justice dans les relations internationales, et de paix. Il pensera avec M. de Martens de cette communauté internationale, que celui-ci imaginait pour l'avenir qu'« il ne faut pas voir en elle un pouvoir supérieur décidant du sort des nations et leur marquant la route. » Elle « reste et doit rester une association

libre d'Etats indépendants basée sur l'entier respect de la situation de chaque peuple et déterminée par les principes du droit international » (1). M. de Martens pensait même que l'organisation modèle d'une confédération d'Etats pourrait servir de prototype à cette organisation de la future communauté internationale.

Peut-être une proposition comme celle de M. Olivarès eût-elle levé dans l'esprit du Grand-Juge l'objection de la participation trop fréquente aux guerres européennes : sectionner au premier degré la Société des Nations en deux groupes, l'un européen, l'autre américain ; le second degré ayant le caractère universel.

John Marshall aurait senti le danger latent que constitue l'esprit agressif de certains peuples, et la nécessité de s'unir pour l'étouffer. Car s'il avait de grands sentiments et un fort idéalisme, sa clairvoyance lui évitait les écueils de la naïveté crédule, et l'empêchait de prononcer les paroles qu'on trouve dans la bouche de Patrick Henry, paroles demeurées typiques d'une face de la mentalité américaine. « Où sont les dangers que les constitutionnalistes (personnifiés par Marshall) conjurent ? Purement imaginaires ! Si quelqu'un surgit, je me fie au « spirit » américain pour nous défendre. » Le « spirit », c'est-à-dire la flamme, l'élan spirituel, voilà en certaines occasions le positivisme politique d'une nation par ailleurs si positive.

1. De Martens, t. I, par. 47.

Quant à la non-observance indiquée du principe d'égalité, John Marshall eut probablement fait passer avant la critique de ce détail d'application, l'esprit même du principe si bien mis en lumière par M. Geouffre de la Pradelle : « Pour consacrer l'égalité des Etats-Unis d'Amérique avec l'Europe, les Etats-Unis d'Amérique doivent venir au règlement des affaires du monde. »

C'est dans ce sens, croyons-nous, que doit porter fruit l'enseignement du Grand-Juge que sa nation honore comme l'un de ses plus grands esprits.

Vu : le Président de la thèse,
A. GEOUFFRE DE LAPRADELLE

Vu : le Doyen,
BERTHÉLEMY

Vu et permis d'imprimer,
Le Recteur de l'Académie de Paris
P. APPELL

BIBLIOGRAPHIE

- AMERICAN STATE PAPERS. — Foreign Relations, II, 1799-1815.
BASSETT MOORE (JOHN). — Digest of International Law.
— American diplomacy.
BEVERIDGE (JOHN). — Life of John Marshall.
BONFILS et FAUCHILLE. — Traité de Droit international public.
BROCKENBROUGH. — Reports of the Supreme Court.
CRANCH. — Reports of the Supreme Court.
CHENEY HYDE (CHARLES). — International law chiefly as interpreted and applied by the United States, 1922.
LAWRENCE (T. J.). — Essays on some disputed questions in modern international law, 1884-1885.
MARSHALL (JOHN). — Life of George Bushrod Washington.
MARTENS (F. DE). — Traité de droit international public.
QUINCY. — Figures of the past.
RIVIER. — Principes du Droit des gens.
WASHINGTON'S WRITINGS. — By Jared Sparks, 1833.
WHEATON. — Reports of the Supreme Court.
WHEATON (HENRY). — Elements of International law.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION.....	5
CHAPITRE PREMIER. — Personnalité de John Marshall.....	7
CHAPITRE II. — Le milieu historique. La conception de l'œuvre.....	28
CHAPITRE III. — L'Œuvre.....	55
<i>Section I.</i> — Formation et droits des Etats.....	57
A) Formation territoriale et reconnaissance poli- tique.....	57
B) Les droits des Etats. — Juridiction. Egalité. Libre commerce.....	67
<i>Section II.</i> — Traités.....	83
<i>Section III.</i> — Guerre.....	88
A) Etat de guerre.....	88
B) Guerre maritime.....	96
§ 1. — La Capture des vaisseaux.....	97
§ 2. — La Course.....	105
§ 3. — La Piraterie.....	108
C) Blocus.....	112
<i>Section IV.</i> — Neutralité.....	117
§ 1. — Propriété neutre en mer.....	117
§ 2. — Manquements à la neutralité.....	122
§ 3. — Droit de visite.....	132
<i>Section V.</i> — Questions annexes.....	134
§ 1. — Privilèges et immunités des agents diplo- matiques.....	134
§ 2. — Extradition.....	137
§ 3. — « Impressment » des marins américains.....	139
§ 4. — Esclavage.....	143
CHAPITRE IV. — Le jugement de la postérité.....	147
BIBLIOGRAPHIE.....	165

